案例评析系列

# 中国疑难刑事名案法理研究

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第三卷

赵秉志/主　编　左坚卫/副主编

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

VISIT…

LANZAROTE Caliente.COM

中国疑难刑事名案法理研究 第三卷

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

- 李真贪污、受贿案
- 龚建平受贿案
- 冼晓玲等期货交易中贪污案
- 成克杰受贿案
- 胡长清受贿等案
- 林世元等人受贿、玩忽职守案
- 褚时健贪污案

典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程，能够从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。本书精选典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究，既具有专业的学术价值，也蕴含深刻的社会意义。数位作者从案情出发归纳和发掘问题，但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题，而是旁征博引，生发开去，深入问题，升华法理，从而使案例研究既有实践意义，又有学术价值。并且在案例研究之后，尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书，以备读者查阅和进一步探索有关问题之用。

ISBN 978-7-301-13193-0

9 787301 131930 >

定价:49.00元

京师刑事法文库 ㉔

# 中国疑难刑事名案法理研究

JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第三卷


主　编 / 赵秉志

副主编 / 左坚卫

编辑部 / 杜　邈　熊　正

本卷撰稿人（以撰写顺序为序）

熊　正　赵　辉　程　瑛　刘云辉

冯江菊　邹　楠　臧爱存



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目（CIP）数据**

中国疑难刑事名案法理研究．第三卷/赵秉志主编．—北京：北京大学出版社，2008.1

（案例评析系列）

ISBN 978-7-301-13193-0

Ⅰ.中…　Ⅱ.赵…　Ⅲ.刑事犯罪—案例—分析—中国　Ⅳ.D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2007）第 187116 号

书　　名：中国疑难刑事名案法理研究（第三卷）
著作责任者：赵秉志　主编
责 任 编 辑：肖　菊
装 帧 设 计：TOMA唐玛
标 准 书 号：ISBN 978-7-301-13193-0/D·1931
出 版 发 行：北京大学出版社
地　　址：北京市海淀区成府路 205 号　100871
网　　址：http：//www.pup.cn
电　　话：邮购部 62752015　发行部 62750672　编辑部 62117788
　　　　　出版部 62754962
电 子 邮 箱：law@pup.pku.edu.cn
印　刷　者：北京大学印刷厂
经　销　者：新华书店
　　　　　730 毫米×980 毫米　16 开本　27.5　印张　495 千字
　　　　　2008 年 1 月第 1 版　2008 年 1 月第 1 次印刷
定　　价：49.00 元

---

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

**版权所有，侵权必究**

举报电话：010-62752024　电子邮箱：fd@pup.pku.edu.cn

## 作者简介

**赵秉志**

河南南阳人，新中国首届刑法学博士，美国杜克大学法学院访问学者。现任北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师。兼任中国法学会刑法学研究会会长、国际刑法学协会中国分会副主席、国务院学位委员会学科评议组法学组成员、最高人民法院特邀咨询员等多种全国性学术职务。出版个人专著和论文集《犯罪主体论》（1989）、《刑法研究系列》（五卷本，1996—1997）、《刑法基本理论专题研究》（2003）等十五部；主编《刑法争议问题研究》（1996）、《海峡两岸刑法总论问题研究》（1999）、《当代刑法理论探索》（四卷本，2003）等专业著作近百部；主编刑法教材十余部。在国内外报刊上发表论文四百余篇。主持或参与主持国内外科研项目三十余项。论著和个人曾三十余次获得国家级、部委级或院校级奖励。主要研究领域为中国刑法、中国区际刑法、国际刑法。

**左坚卫**

湖南双峰人，北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士、硕士生导师。出版个人专著《缓刑制度比较研究》，与他人合著或主编《警察执法与人权保障》、《危害公共卫生和环境资源犯罪司法适用》、《危害公共安全犯罪疑难问题司法对策》等，在国内外报刊上发表论文四十余篇。

# 中国疑难刑事名案法理研究

# JURISPRUDENCE ON CRIMINAL CASES

第三卷

赵秉志/主　编　左坚卫/副主编

高山仰止，景行行止。虽不能至，然心向往之。

——《史记·孔子世家》

# 恭贺高铭暄教授、王作富教授80华诞暨联袂执教55周年

欣逢北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长暨特聘教授高铭暄先生和特聘教授王作富先生80华诞暨联袂执教55周年之际，北京师范大学刑事法律科学研究院全体师生暨两位先生的弟子特此致贺。

# 序　言

现代刑事法治是由一系列刑事法律事件所组成的鲜活、生动的画卷。在这幅画卷中，刑事案例构成其最跌宕起伏的部分。典型、重大、知名的刑事疑难案件及其诉讼过程，更是从多方面折射出犯罪人的个体问题、法律问题及社会问题。因而选择典型、疑难而为法律人和社会民众所共同关注的刑事要案名案进行研究，既具有专业的学术价值，也蕴含深刻的社会意义。

案例研究是一种理论与实际相结合的研究形式。早在20世纪80年代初期和中期，我于中国人民大学刑法专业攻读硕士学位和博士学位期间，我的两位恩师、新中国培养的第一代著名刑法学家高铭暄教授和王作富教授，即通过他们的言传身教、著书立说和实践活动，给了我刑法学研究应当坚持理论联系实际的学术方向与方法的深刻影响。因而在读研究生期间和博士生毕业留校任教后，在专业学习与学术研究中，我注意并且逐渐形成了理论联系实际、关注国内外重大现实刑事法治问题的研究风格和特点，其中就包括了对典型疑难案例的关注和研析。在新中国第一部刑法典施行十载之年即1990年，我还曾经萌发念头，打算编著一本对刑法典施行后十年间的典型、疑难名案予以研究的著作。为此收集、整理了大量案例资料，甚至还构思了书名与案例研究的体例、特色。随后，此项目因我工作繁忙且准备出国留学而被束之高阁，但此念头一直没有打消。后来，我在整理出版个人五卷本文集的过程中，又对刑法学研究中的理论联系实际问题进行了较为深入的思考和归纳，认为其有丰富而合理的内涵，值得努力挖掘和大力弘扬。①其中当然也包含对案例研究的重视。1994年底，我主持承担了美国福特基金会资助中国人民大学法学院的项目——“高级司法官培训教材”之一，内容为以案例研析形式阐述刑法理论与实务问题。我组织了一批志同道合的中青年

---

① 参见赵秉志：《刑法总论问题研究》（“刑法学研究系列”之一）“序言”，中国法制出版社1996年版。

学者，历经近6年的不懈努力，编著出版了九卷本、近300万字的《中国刑法案例与学理研究》。这部系统研析中国刑法理论与实务的案例研究著作于2001年4月由法律出版社出版发行后，受到法学界尤其是司法实务界的广泛好评与欢迎，一印再印，于2004年9月修订再版后又予以重印。这可以说是法律界、法学界对案例研究形式的肯定。

以上关于案例研究的思考和学术活动，尽管也组织了诸位研究生参与案例研究的项目，但尚未将案例研究作为研究生的学位论文来考虑。在近年来我指导、培养研究生的过程中，主要是基于下述几点原因，我开始尝试着引导研究生将典型疑难案件的研究作为硕士学位论文的形式来考虑：其一，倡导青年学者理论联系实际的学风。理论联系实际可以有多种表现形式，而案例研究无疑是最为典型、最有特色的形式。其二，促进青年学者关注现实法治问题。现实法治问题也可以表现在许多方面，而典型、疑难的名案要案肯定是现实法治问题最直接、最丰富、最生动的反映。其三，避免硕士学位论文选题的重复与内容的空泛。由于近年来硕士研究生培养数量的急剧大量增加，硕士论文选题重复和内容类似的现象也日趋严重，从而使本应富有学术价值的硕士学位论文质量日益下降，研究生每每为避免重复而伤透脑筋。而选择典型、疑难案件之研究作为硕士学位论文，其法理问题因案而异，就在相当程度上解决了硕士学位论文选题重复与内容空泛的困扰。此外，一件典型疑难案件所涉及的主要法理问题毕竟是有限的数个，以一篇硕士学位论文3～5万字左右的篇幅予以研究，也大体可以研究得较为细致、深入，并可以保证和检验出硕士学位论文的质量。因而可以说硕士论文也是研究疑难案件较为适宜的形式。

经过几届指导法学硕士和法律硕士以案例研究为硕士学位论文的实践和答辩经验，这种案例研究形式的硕士论文得到了充分的肯定，我和我所指导的研究生们也积累了一些案例研究形式的硕士论文成果。我最初就已经构思创建以硕士学位论文为主体的案例研究系列著作，现将之定名为《中国疑难刑事名案法理研究》，并将首批成果分类编成三卷交付出版。收入本书三卷的共计25个案例，除一篇为我与左坚卫副教授合写、我作为辩护律师办理的一个案件之研究，以及一篇为刘志伟教授指导的法律硕士论文外，其余23篇均为本人指导并于近两年通过学位论文答辩的法学硕士论文和法律硕士论文。这些案件有大半为全国关注的名案要案，其余也在相当范围内为社会或法律界所知晓。但其更重要的共同特征还在于案件中涉及诸多值得研究的法理问题乃至社会问题。案例研究的作者们从案情出发归纳和发掘问题，但在问题研究上又不完全拘泥于案情和案件问题，而是旁征博引，生发开去，深入问题，升华法理，从而使案例研究既有实践意义，

又有学术价值。案例研究之后，还尽可能地附有案件的判决书、裁定书等司法文书，以备读者查阅和进一步探索有关问题之用。

学术研究是薪火相传的事业。学术研究的方向、道路和方法也是学术事业的重要组成部分。我国老一辈刑法学家所倡导的理论联系实际、不尚空谈学风促进了我国刑法学事业的健康发展，也培养了我们这代中青年刑法学人。基于繁荣发展刑法学事业的使命感和承前启后、培养刑法学青年学者的教师职责，我们应当在论述理论、传授知识的同时，也十分注重对我国刑法学研究中理论联系实际、关注现实法治问题的坚持、维护和弘扬。本书也是我和一批青年同仁在此方面的探索。我们的研究难免有种种不足乃至谬误之处，但我们坚信此一学术方向与方法是正确的。

本书的完成有赖于全体作者的通力合作。作者左坚卫、杜邈、熊正、孔静、李翔、刘媛媛6位青年同仁分别作为三卷书的副主编或者编辑部成员，协助我做了书稿的编务工作，谨向他们致谢！全书由我统改定稿。书中不当之处，应由我和具体的作者负责。最后，衷心感谢北京大学出版社蒋浩先生及编辑同仁对本书编辑出版的鼎力支持。

赵秉志<br>2007年11月于北京师范大学<br>刑事法律科学研究院

# 目　录

## （六）贪污贿赂犯罪

**李真贪污、受贿案法理研究**

一、选案理由 …… 3
二、基本案情 …… 4
三、裁判要旨 …… 8
四、引发的理论问题 …… 8
五、秘书身份的认定及其意义 …… 9
六、非典型的间接正犯问题 …… 18
七、受贿罪还是诈骗——一个值得探讨的问题 …… 24
八、结语 …… 35
　附录一：河北省唐山市中级人民法院刑事判决书 …… 36
　附录二：河北省高级人民法院刑事裁定书 …… 64
　附录三：中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书 …… 86

**龚建平受贿案法理研究**

一、选案理由 …… 91
二、基本案情 …… 92
三、裁判要旨 …… 92
四、引发的理论问题 …… 92
五、关于司法介入黑哨行为的争论 …… 95
六、关于黑哨行为的刑法定性问题 …… 96
七、关于“为他人谋取利益”要件的问题 …… 112
八、结语 …… 123

附录一：北京市宣武区人民法院刑事判决书 …… 124
附录二：北京市第一中级人民法院刑事裁定书 …… 129

## 冼晓玲等期货交易中贪污案法理研究

一、选案理由 …… 134
二、基本案情 …… 135
三、裁判要旨 …… 136
四、引发的理论问题 …… 136
五、关于贪污罪主体范围的探讨 …… 137
六、贪污罪中“非法占有”的理解 …… 145
七、从旧兼从轻原则中新旧法律的选择适用问题 …… 151
八、结语 …… 157
附录一：上海市黄浦区人民法院刑事判决书 …… 158
附录二：上海市第二中级人民法院刑事裁定书 …… 162
附录三：上海市高级人民法院再审决定书 …… 165
附录四：上海市黄浦区人民法院刑事判决书 …… 166

## 成克杰受贿案法理研究

一、选案理由 …… 172
二、基本案情 …… 173
三、裁判要旨 …… 174
四、引发的理论问题 …… 175
五、受贿罪的职务要件 …… 175
六、“情人型”暨“家庭型”共同受贿研究 …… 184
七、受贿罪的量刑适用 …… 194
八、成克杰受贿案之反思 …… 201
九、结语 …… 205
附录一：北京市第一中级人民法院刑事判决书 …… 207
附录二：北京市高级人民法院刑事裁定书 …… 221
附录三：中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书 …… 227

## 胡长清受贿等案法理研究

一、选案理由 …… 230
二、基本案情 …… 231

三、裁判要旨 …… 234
四、引发的理论问题 …… 235
五、普通受贿与间接受贿的区别 …… 236
六、贿赂与馈赠的区分 …… 260
七、行贿罪自首的认定 …… 265
八、结语 …… 273
附录一：江西省南昌市中级人民法院刑事判决书 …… 274
附录二：江西省高级人民法院刑事裁定书 …… 297
附录三：中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书 …… 317

## 林世元等人受贿、玩忽职守案法理研究

一、选案理由 …… 324
二、基本案情 …… 325
三、裁判要旨 …… 326
四、引发的理论问题 …… 326
五、渎职罪主体问题 …… 327
六、我国刑法中“贿赂”的范围 …… 336
七、法院的变更指控罪名权问题探讨 …… 344
八、污点证人之诉讼豁免 …… 357
九、结语 …… 367
附录：重庆市第一中级人民法院刑事判决书 …… 368

## 褚时健贪污案法理研究

一、选案理由 …… 381
二、基本案情 …… 382
三、裁判要旨 …… 385
四、引发的理论问题 …… 386
五、刑法溯及力若干问题研究 …… 388
六、法定减轻处罚情节及其适用 …… 398
七、酌定量刑情节相关问题分析 …… 411
八、结语 …… 417
附录：云南省高级人民法院刑事判决书 …… 419

# （六）贪污贿赂犯罪

# 李真贪污、受贿案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、秘书身份的认定及其意义
六、非典型的间接正犯问题
七、受贿罪还是诈骗——一个值得探讨的问题
八、结语
附录一：河北省唐山市中级人民法院刑事判决书
附录二：河北省高级人民法院刑事裁定书
附录三：中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书

## 一、选案理由

李真腐败案属于领导干部秘书腐败案中的典型，在社会上引起巨大反响。此人虽为秘书，却骄横跋扈，不可一世。李真案发时任河北省国税局局长、党组书记，其真正“发迹”却是在担任河北省委书记的秘书期间。在此期间，李真不但大肆贪污受贿，而且以省主要领导的秘书之职操纵河北省许多高级干部的升迁沉浮，有河北第一秘、“二书记”之称。因其在河北任职期间大肆贪污、受贿，被河北省唐山市中级人民法院以贪污罪、受贿罪数罪并罚判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。李真上诉后，河北省高级人民法院做出了维持一审判决的终审裁定。经最高人民法院核定后，唐山市中级人民法院于 2003 年 11 月 13 日对李真执行了死刑。对李真一案的查处，一方面反映了我们党和政府严

厉打击腐败分子的决心；另一方面也为我们刑法理论研究提供了典型素材，特别是对其秘书角色在贪污贿赂中所起的作用及其性质的认定，在案件的审理过程中并未过多地涉及，但我们认为在理论上廓清秘书的性质、秘书在贪污受贿中“职”与“权”的对立与统一，对处理当前出现的一些秘书腐败案件会有所裨益。另外，李真利用领导权力进行受贿的犯罪形式以及李真收受或索取他人财物时的主观方面的认定都是值得我们研讨的。尽管法院已经对争论双方的观点做出了取舍，并随着判决的生效和执行，双方的争论在本案中画上了句号，但相关的理论争论并未因此而终结，上述问题仍然是司法实践中困惑司法部门由来已久的问题，对这些问题进行进一步深入探讨仍然具有重要的理论和实践意义。因此，该案入选本书。

## 二、基本案情

李真，男，汉族，大专文化，1962 年 5 月 29 日出生，原系河北省国家税务局局长、河北省第九届人民代表大会代表（2000 年 11 月 10 日被罢免）。曾任中共河北省委办公厅秘书、副主任、河北省国家税务局副局长。因涉嫌犯受贿罪，于 2000 年 3 月 30 日被逮捕，从而使一宗震惊全国的腐败案件浮出了水面。具体案情如下：

### （一）受贿犯罪事实

1993 年 10 月，被告人李真利用担任中共河北省委办公厅（以下简称省委办公厅）秘书的职务便利，为中国东方租赁有限公司河北省办事处（以下简称东租冀办）主任张铁梦（另案处理）因涉嫌挪用公款犯罪被司法机关采取强制措施一事进行活动，致张铁梦被解除强制措施。此后，李真收受张铁梦人民币 62 万元、美元 1 万元，并向张铁梦索要人民币 22.78 万元。

1994 年 3 月，被告人李真利用担任省委办公厅秘书的职务便利，向秦皇岛中兴电子有限公司副总经理张铁桥（另案处理）索要了一张个人消费信用卡，消费卡内资金人民币 9.954 4 万元。后因纪检部门调查此事，李真将卡退还，并退给张铁桥人民币 10 万元。

1994 年 12 月，被告人李真先后利用担任省委办公厅秘书、副主任的职务便利，帮助张家口卷烟厂厂长李国庭（另案处理）求得有关领导的信任和支持，收受李国庭美元 5 万元。

1994 年初至 1996 年初，被告人李真先后利用担任省委办公厅秘书、河北省国家税务局（以下简称省国税局）副局长的职务便利，帮助广西北海天都房地产开发公司借款 172 万美元；将河北省税务系统税务数据采集器项目交由深圳桑利

通电子有限公司承作。李真从中收受广西北海天都房地产开发公司人民币 50 万元；收受深圳桑利通电子有限公司人民币 100 万元。

1994 年至 1997 年，被告人李真利用担任省委办公厅秘书、副主任和省国税局副局长、局长的职务便利，为河北省人民政府驻北京办事处商品部承包经理赵伟（另案处理）在张家口卷烟厂办理购买紧俏香烟批条 61 份。赵伟从张家口卷烟厂购买各种香烟 9 628 箱，非法经销牟利后，分次送给李真人民币共计 60 万元。后因张家口卷烟厂办理上述批条的负责人牵涉刑事案件，李真恐事情败露，退给河北省人民政府驻北京办事处人民币 22 万元。

1994 年，被告人李真利用担任省委办公厅秘书的职务便利，接受河北省保定市高碑店电力局局长孙长春（另案处理）的请托，多次找保定地区有关领导要求对孙提拔使用。后孙长春晋升为涞水县副县长。为此，李真向孙长春索要了购买一把按摩椅的价款人民币 3.98 万元。

1995 年 5 月，被告人李真利用担任省委办公厅副主任的职务便利，向河北大野集团总裁卢鹰（另案处理）索要了一张长城信用卡，消费卡内资金人民币 1.944 055 万元。同年 12 月，李真应卢鹰的请托，让河北省石家庄市国棉二厂为大野集团在中国银行河北分行办理人民币1 000万元承兑汇票提供了担保。后李真收受卢鹰人民币 10 万元。

1995 年 10 月至 1998 年 12 月，被告人李真先后利用担任省委办公厅副主任和省国税局副局长、局长的职务便利，通过唐山市有关领导使唐山市百货大楼条式楼 C 段装修工程交由北京市建筑工程装饰公司承建；将省国税局北戴河培训中心工程交由中铁 12 局集团海南振海有限公司承建；将省国税局承德培训中心工程以议标的形式交由海南泛华工程有限公司承建；将衡水市国税局培训中心工程交由中海工程建设总局承建。李真从中收受北京市建筑工程装饰公司人民币 15 万元、中铁 12 局集团海南振海有限公司人民币 75 万元、海南泛华工程有限公司人民币 170 万元及由他人为中海工程建设总局垫付的人民币 45 万元。

1995 年 11 月，被告人李真利用担任省委办公厅副主任的职务便利，促使省市有关领导解决石家庄市半边天保健品公司贷款问题，使该公司从石家庄市合作银行贷款人民币 1 000 万元、从中国工商银行石家庄市支行贷款人民币 1 000 万元。后李真收受该公司美元 2 700 元。

1996 年 6 月至 1999 年 6 月，被告人李真利用担任省国税局副局长、局长的职务便利，将河北省人民政府驻沈阳办事处主任许建恩（另案处理）调入省国税局，并先后调任承德市国税局局长、邯郸市国税局局长。李真先后三次共收受许建恩美元 4 000 元、人民币 1 万元。

1998 年 4、5 月，被告人李真利用担任省国税局局长的职务便利，授意石家庄市国税局负责人将该局办公楼工程交由南京市第二建筑公司石家庄分公司承建。同年 12 月，李真经他人向南京市第二建筑公司石家庄分公司索要人民币 40 万元，兑换 5 万美元。

1998 年，被告人李真利用担任省国税局局长的职务便利，承诺河北省第三建筑公司第十分公司承建河北省廊坊市国税局培训中心工程，通过他人以中介费名义向该公司索要了人民币 50 万元。1999 年 7 月 8 日，廊坊市国税局在李真的授意下，将上述工程交由河北省第三建筑公司第十分公司承建。

1998 年底，被告人李真利用担任省国税局局长的职务便利，接受温州市杰恒有限公司经理苏尚杰的请托，指使省国税局征管处将本局税务登记证制作项目交由该公司承作。后李真两次向苏尚杰共索要美元9 000元。

1999 年 9 月，被告人李真利用担任省国税局局长的职务便利，接受北京市科信实业公司经理李培科的请托，指使邢台市国税局将该局培训中心工程交由南京市第一建筑工程公司承建。后李真向李培科索要美元 4 万元。

综上，被告人李真利用职务上的便利，为他人谋取利益，非法索取、收受他人人民币 676.658 4 万元、美元 16.57 万元，共计折合人民币 814.816 4 万元。

**（二）贪污事实**

1992 年 8 月，被告人李真在担任河北省人民政府办公厅秘书期间，得知河北省财政厅有 500 万美元的外汇额度，便通过张家口卷烟厂从河北省财政厅申请到该外汇额度，并让东租冀办以张家口卷烟厂代理商的名义办理此事。东租冀办以人民币 2 994.65 万元调汇 500 万美元，按当时国家的外汇牌价与市场价格的差价，可获利人民币 2 000 万元。此后，东租冀办副主任张铁梦将东租冀办公款分别借给河北省人民政府办公厅副主任吴庆五和海南世通房地产开发有限公司（以下简称世通公司）人民币各 1 000 万元。

自 1993 年 5 月始，被告人李真多次找已任东租冀办主任的张铁梦和吴庆五商议分占东租冀办通过调汇可获利的人民币 2 000 万元，并提议将该人民币2 000 万元冲抵上述两项借款，将借给世通公司的人民币 1 000 万元转给吴庆五，由张铁梦负责销毁借款合同和作平账目。随后，世通公司按照要求将借款人民币 1 000万元和应付利息人民币 18 万元汇入吴庆五指定的账户。吴庆五按照张铁梦的要求将应付给东租冀办的借款本息共计人民币 2 000 余万元，仅汇入东租冀办账户人民币 308 万元，以供作平账目。1994 年 6 月，东租冀办撤销，张铁梦藏匿账目，隐瞒了吴庆五和世通公司借款人民币 2 000 万元的事实，并将已作平账目的情况向李真作了说明。吴庆五将实际占有的人民币 1 872 万元用于投资经商。

事后，李真从吴庆五处分得美元 15 万元、人民币 10 万元和价值人民币 51.671 万元的房屋 1 套。

1992 年 11 月，东租冀办出资 250 万美元，由张铁梦经手以河北中兴渤海实业开发总公司的名义，并假借美国大唐工业有限公司（以下简称大唐公司）和德国豪斯曼公司的名义注册登记了中外合资经营企业秦皇岛中兴电子有限公司（以下简称中兴公司）。1993 年 4 月，张铁梦又办理股权变更手续，将德国豪斯曼公司名义上持有的股份转让给大唐公司，使以国有资产出资的中兴公司的股份由河北省中兴渤海实业开发总公司持有 55%、大唐公司持有 45%。

1993 年底，被告人李真向张铁梦、吴庆五提出三人分占中兴公司股份，并提议将股份转入吴庆五注册的香港力龙有限公司，由吴庆五代表三人持有。1994 年 11 月，张铁梦为了将名义上由大唐公司持有的 45% 股份（价值人民币 571.600 012 万元）无偿转让给香港力龙有限公司，授意其弟张铁桥伪造了中兴公司第三届第二次董事会决议，修改了股份转让协议和企业章程、合同。同年 12 月，张铁梦办理了将大唐公司持有的 45%股份转让给香港力龙有限公司的手续和股东变更手续。

1992 年 12 月，河北省人民政府批准省政府生产办公室所属的秦皇岛华美磁电有限公司收购并接管爱尔兰大西洋磁性有限公司。1993 年 1 月，东租冀办出资美元 250 万元，以秦皇岛华美磁电有限公司的名义，购买了爱尔兰大西洋磁性有限公司，更名为尼瓦利斯有限公司，由张铁梦和秦皇岛华美磁电有限公司法定代表人吴长海出任股东，各持有 50%的股份。

1993 年 10 月，被告人李真向张铁梦、吴庆五提出分占尼瓦利斯有限公司的股份，并提议将股份转入香港力龙有限公司，由吴庆五代表三人持有。1994 年初，吴庆五与张铁梦到爱尔兰都柏林的会计事务所签署了将尼瓦利斯有限公司名义上由张铁梦持有的 50% 股份（价值爱尔兰镑 41.581 95 万元，折合人民币 523.832 773 万元）无偿转让给香港力龙有限公司的法律文件，后由张铁梦在爱尔兰公司注册署进行了股东变更登记，吴庆五任董事。1995 年 5 月，张铁梦将该公司的 30 万美元以分红的形式汇入香港力龙有限公司，吴庆五自己占有 20 万美元，给李真 10 万美元。

综上，被告人李真伙同他人侵吞东租冀办公款人民币 1 872 万元、中兴公司 45%股份（价值人民币 571.600 012 万元）、尼瓦利斯有限公司 50%股份（价值折合人民币 523.832 773 万元），共计折合人民币2 967.432 785万元。其中李真分得美元 25 万元（折合人民币 209.316 4 万元）、人民币 10 万元和价值人民币 51.671 万元的住房 1 套。

## 三、裁判要旨

在担任秘书期间，利用职务上的便利，接受他人请托，为他人谋取利益，索取、非法收受他人财物也构成受贿罪。在共同贪污犯罪中，虽然被告人李真没有利用自己的职务便利，分得的赃款相对较少，但如果是贪污犯罪的犯意提起者，还积极参与策划非法占有公共财物，与他人相互配合，则应当认为作用相当，而不能认为所起作用最小。

## 四、引发的理论问题

综合李真一案的特点，控辩双方争论的焦点，以及李真作为秘书的特殊身份，笔者认为下列几个问题值得探讨：

### （一）秘书身份的认定及其意义

在本案中，我们可以明显地发现，在相当长的一段时期内，李真贪污受贿时的身份是省委办公厅的秘书。秘书根据现代汉语词典的定义是：掌管文书并协助机关或部门负责人处理日常工作的人员，一般认为秘书是有职无权的[①]，而贪污罪，特别是受贿罪，其本质核心就是权钱交易，无权人家就不会来找你。既然秘书有职无权，那为什么还有那么多的人乐此不疲得对其进行贿赂？对此，唐山市中级人民法院的解释是李真的秘书身份，对河北省内的政府机关、企业、事业单位均有一定的制约作用。但并未对其展开充分的论证。笔者认为，探讨秘书身份、权力的来源，对处理我国现在存在的秘书腐败将会有重大的理论意义。

### （二）如何认定间接正犯，本案是否属于非典型的间接正犯

作为秘书的李真在法律上和政策上是没有权力的，但他和领导的关系造就了他的权力，李真受贿时，和别人进行权钱交易的权，实际上就是他领导的权力，在很多时候，他为别人谋利益用的也是他领导的权，只是李真以其秘书的特殊身份借用或盗用。在这里我们就发现了一个有趣的现象——这也是在很多秘书腐败常见的现象——李真通过借用领导的权力和别人进行权钱交易，收受或索取别人的财物，并通过利用领导的权力去为别人谋取利益。在这里面，领导的权力和行为是李真构成受贿罪的一个重要条件，要成为受贿罪中的主体，必须要掌握有一定权力（共同犯罪中有例外，不在本文的讨论之列），李真从与领导的特殊关系

---

① 参见冯仕政：《转轨体制下的权力、关系与资源——关于“秘书腐败”的社会学分析》，载《江苏社会科学》2003 年第 6 期。

中获取权力，实质上就是利用领导的权力，把领导的权力变为自己的权力。虽然，为他人谋取利益现在主流的观点只是主观方面的一个要件，但李真利用领导权力的行使为他人谋的实际的利益，也是认定李真具有受贿罪主观方面要件的一个重要的客观表现，可以说领导是李真利用的一个工具，只是收受或索取他人财物的行为是由李真来完成的。通过李真的受贿事实，我们可以发现，李真的受贿行为和间接正犯中的利用行为有些相似，但其他方面又有一些差别。所以李真是否构成间接正犯在理论上是值得讨论的。

### （三）如何认定受贿罪的主观方面

在李真一案中，有法院认定的很多索贿的事实，对其主观方面的索贿认定并未作过多的解释。那么在认定这些事实时，是否就构成受贿罪，而不存在构成其他罪的情况呢？恐怕也很难说，在李真的权力背景下，向对方索要财物，至于是否为对方谋利益，意思表示中辨别不出来，在这个时候是认定受贿罪还是诈骗罪？从客观方面来讲，两者都可以进行认定，这时的关键在于主观方面。实践中，这种情况认定为受贿罪是无疑的，但如何在理论上说清认定的过程恐怕不是一件容易的事，因此，这种情形的主观方面在实践中的认定很大程度上被忽视了。

而且刑法学界在理论上讨论受贿罪的犯罪构成中，其主观方面也一直是一个受到忽视的方面。但这一方面的内容对罪与非罪、此罪与彼罪的认定具有十分重要的作用，对其的认定，关系到我们对主客观相统一原则的坚持与否。因此对受贿罪主观方面的讨论在实践和理论上都具有重大的意义。

## 五、秘书身份的认定及其意义

### （一）秘书的概念

秘书（Secretary）一词源于拉丁文“secretar-ius”，意即“可靠的职员”。但秘书的含义，众说不一。有从字面上解释的：秘密文书工作者；也有用比喻说明的：领导的参谋与助手。这些都有一定的正确性，但又不够科学和确切。在学术界对秘书的含义有三种普遍的认识。[①]

（1）辅臣。秘书的英文名是 Secretary，法文相同。Secretary 有两种中文译义：S 大写的译为“辅臣”，小写的则为“帮助上司处理文书和事务的人员”。通常由大秘书和小秘书的说法。前者原指在英国王宫参与机要政务、掌管机密文件和印玺、掌管宫廷内务的文职大臣。后来沿用为世界许多国家主管政府事务的部

① 参见陆瑜芳编著：《秘书学概论》，复旦大学出版社 2001 年版，第 1—3 页。

长或常务副部长。如欧美国家有“国务秘书”（The Secretary of State），又可译为“国务大臣”。

（2）行政职位。在现代中国，秘书一直被当作一种行政职位，秘书人员被看作行政人员的一部分，而且是核心的一部分。辛亥革命之后，国民政府自中央到省县机关都设秘书长及秘书，1923 年中国共产党在广州召开第三次全国代表大会，决定中央设秘书。此后建立的苏维埃政权机关也都设秘书。1949 年中华人民共和国成立以后，各级党政机关都设秘书长和秘书。秘书已成为管理和处理日常行政事务的重要人员，成为行政首长的得力助手。在许多国家，政府机关秘书属文官范畴，我国也规定政府秘书均属国家公务员。

（3）社会职业。就世界范围而言，秘书又是广泛存在的社会职业之一。它属于第三产业（服务性行业）。对第三产业或服务性行业，我们不能仅仅狭隘地理解为商业和生活服务业，它也包括各种智力服务。如律师。秘书不仅服务于政府机关、社会团体和企事业单位，也服务于私人。欧美许多国家企业和私人秘书的人数比政府机关秘书多出几倍甚至几十倍。

结合李真的身份，本文要讨论的秘书将定位在行政职位上，以更好地抓住问题的主要方面。

**（二）秘书的职责、特点和作用①**

1. 秘书的职责。结合我国的实际情况，我国党政机关的秘书的职责主要有以下一些：

（1）文书撰写（领导口述或会议记录、整理，文件起草、修改、润色等）；

（2）文书制作（打字、复印、编排、装订等）；

（3）文书处理（收发、传递、办理、保管、立卷等）；

（4）档案管理（归档、鉴定、管理、提供等）；

（5）会议组织（准备、记录、文件、善后等）；

（6）调查研究（计划、实施、分析、研究等）；

（7）信息资料工作（收集、整理、提供、储存等）；

（8）信访工作（群众来信来访处理等）；

（9）接待工作（日常来访与计划来访）；

（10）协调工作（政策、工作、地区、部门、人际关系等）；

（11）督察工作（政策推行或决议实施的督促、检查等）；

（12）日程安排（为领导安排工作日程、会晤及差旅事宜等）；

---

① 参见陆瑜芳编：《秘书学概论》，复旦大学出版社 2001 年版，第 7—17 页。

（13）日常事务（通讯、联络、值班、生活、管理等）；

（14）办公室管理（环境、设备、经费等）；

（15）其他临时交办的事项。

2. 秘书的特点。从以上我国党政机关秘书的15项职责，可以总结出我国政府机关秘书的三个特点：

（1）辅助性。“辅助”是相对于“主导”而言的。辅助，不是主导，但又与主导密切联系，是相对于主导而存在的。辅助，是指在主导的领导、指挥、控制之下，从旁帮助领导完成其规定的任务，实现其预定的目标。地位再高的秘书也是领导的助手。

（2）综合性。所谓综合，就是指不同类型，不同性质的事物聚合在一起。秘书工作明显地具有综合性质。秘书既有日常的、程序性较强的例行性工作，又有临时的、突发的非常规性工作；既有机要性工作，又有非机要性工作。可以说是门类复杂、内容复杂，既要使用脑力，又要花费体力，需要广泛的知识和多种技能才能胜任。

（3）服务性。在我国，一般公务员都只提一个服务，即：全心全意为人民服务。而对于党政机关的秘书来讲，还应做到1985年全国秘书长会议上中央提出的“三个服务”：①为本机关领导和上级机关服务；②为本机关其他平级的职能部门服务；③为下级机关服务和人民群众服务。

3. 秘书的作用。秘书工作的作用主要体现在以下几个方面：

（1）助手作用。从秘书的辅助性特点来看，秘书起着无可置疑的助手作用。这种助手作用还包括在某些方面秘书应为领导把关，譬如领导会见来访者的把关，发出文件、信函的把关。

（2）参谋作用。中高级秘书具有参谋作用。他们为领导调查研究，收集和提供信息、提供咨询，他们辅助领导决策，为领导草拟计划或实施方案，或组织专家论证、选定最佳方案。高级秘书还能充当领导人的顾问和智囊，解决领导的疑难问题，为领导主动出谋划策。

（3）协调作用。秘书的协调作用是由秘书的工作职责、工作地位和工作方式决定的。秘书常常代表领导、传达领导的指令或收集领导所需要的情况，与其他部门、人员有着广泛的接触，也容易产生矛盾，需要及时协商、沟通、调解。秘书的地位往往是“一人之下，众人之上”，又处于工作网络的“结点”，上下左右的工作与人际关系都要求秘书去调处，力争达到平衡和统一。①

① 参见谭玉梅、李英觉：《论秘书在辅助决策中的地位和作用》，载《探索》1994年第2期。

一般来讲，秘书手中无权，既无行政权，也无经济权，更无法律权。现代管理学公认，管理有“计划、组织、指挥、协调、控制”五大职能。秘书可以也应该帮助领导进行计划和组织，可是无权指挥和控制，剩下就只是“协调”了。

（4）信息枢纽作用。秘书离不开文书，以往的秘书最主要的工作就是处理书面信息。现在党政机关的秘书则又从接待、联络、电话、调研等工作中接触大量的口头信息。秘书的办公室可以说是机关的信息集散地，秘书则为领导和整个机关起着信息的提供、反馈、传递的枢纽作用。①

**（三）秘书权力的来源**

通过以上的论述，我们可以清晰地发现，秘书在整个党政管理体系中充当着领导的参谋、助手和事务工作者的角色。而秘书的辅助工作实质上属于领导的本职工作，是领导职分之内应该从事的职能活动，只是为了缓解和解决领导者的繁重任务与其精力和智力不足之间的客观矛盾，使领导得以从具体的事务中解脱出来，集中精力进行以决策为核心的政策管理，才将这些以辅助形态出现的领导活动，委托秘书去承担。这种职位的特点意味着秘书本身不具备权力②，即秘书作为党政机关的一种行政职位，其本身角色在法律和政策上是没有行政权、经济权和法律权的，它有的只是助手、参谋、协调等作用。

根据我国刑法有关受贿罪的规定，如《刑法》第 385 条，其成立的一个重要条件就是：“国家工作人员利用职务上的便利……”特别是《刑法》第 388 条之规定的“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件……”其中第 388 条“利用本人职权”很明显表明受贿人是掌握一定的权力的。而“利用职务上的便利”中的“职务”，根据现在学界主流的观点是职权与职责的统一。③ 由此我们可以认定，要构成受贿罪中的主体，必须要掌握有一定权力（共同犯罪中有例外）。没有权力因素，就会造成成立受贿罪主体资格的缺失，本人无权，何来利用，自然受贿罪客观方面的“利用职务上的便利”也就无从谈起，因此，没有权力因素，就无法认定构成受贿罪。那么要认定法律上、政策上不具备权力的秘书构成受贿罪，就必须首先认定他们事实上掌握有一定的权力，如果缺乏权力要件，则会在认定受贿罪时，造成主客观两方面的不完备，从而无法认定构成受贿罪。在现实生活中，领导秘书握有很大权力已是不宣之密，在本案中，作为秘书的李真的权力之大，就是有目共睹的。因此他的权力来源是一个值得我们探讨的

① 参见谭玉梅、李英觉：《论秘书在辅助决策中的地位和作用》，载《探索》1994 年第 2 期。

② 参见朱文轶：《“秘书腐败”令人关注》，载《秘书之友》2002 年第 7 期。

③ 参见高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社 2002 年版，第 782 页。

问题。这一问题的探讨有利于我们在理论上确定秘书受贿的主体身份以及客观方面的表现。

1. 权力的定义。在讨论秘书权力的来源时，我们有必要先讨论什么是权力，对什么是权力的清楚认识，将有助于我们深刻把握秘书权力来源的前因后果。

对于权力，古今中外很多人对其下了不同的定义。首先要提到的，就是马克斯·韦伯的经典定义：权力，就是一个或若干个人在社会生活中即使遇到参与活动的其他人的抵制，仍能有机会实现他们自己的意愿的能力。简言之，就是一种A迫使B实施B不受强迫本不会去实施的行动的能力。韦伯的定义强调了权力关系中的压迫性和反抗性，强调个人意愿对他人行为的影响是权力的核心。[①] 而作为结构功能论的创始人，帕森斯认为系统是在经验现象的复合体中存在相互依存的确定关系，社会系统为满足社会功能的需求，形成了四个重要的子系统：经济系统、政治系统、文化系统和社会系统，而政治系统生产一种资源，即权力或职权，它以此来交换经济系统生产的资源。因此，帕森斯把权力视为一种系统资源。[②] 达尔受到韦伯的极大影响，提出权力并不是个人所拥有的什么，而是人与人之间的一种关系，并进而提出了权力的定义：甲对乙拥有权力是指甲能使乙做乙本来不一定去做的事。[③] 法国著名的组织理论大师克罗齐耶对达尔关于权力研究进行了概括：A对于B的权力，是A在与B的协商中使交换期限对自己有利的一种能力。权力是一方在与另一方的关系中获得对自己有利的交换条件的能力，权力关系就可以被认为是双方参与的一种交换关系和协商关系。[④]

以上列举的关于权力的定义，虽各不相同，但从其中也可以发现一些共同的东西，即要在组织中行使权力，必须有两个前提条件：首先，必须存在相互依存的关系，组织成员的行为必须彼此相互关联，相互影响；其次，资源的匮乏迫使怀有不同目标的组织成员为实现自己的目标而彼此展开竞争。而组织中资源问题与权力之间的复杂联系，“权力取决于对资源的控制和资源的相互依存情况”。伯恩斯在《领袖论》中就提出“权力＝动机＋资源”的公式，“无论从任何方面和内容来讲，权力的基本作用都是一样的。当权者用他们的权力基础内的资源来实现他们的动机，其他人的动机和资源依靠他们行使的权力来实现”[⑤]。运用权力

---

① 参见卢少华、徐万珉：《权力社会学》，黑龙江人民出版社1989年版，第17页。

② 参见罗德里克·马丁：《权力社会学》，丰子义、张宁译，三联书店1992年版，第84页。

③ 丹尼斯·K. 姆贝：《组织中的传播和权力：话语、意识形态和统治》，陈德民、陶庆、薛梅译，载《中国社会学网》。

④ 参见李有梅：《组织社会学及其决策分析》，上海大学出版社2003年版，第149页。

⑤ 参见陆德山：《认识权力》，中国经济出版社2000年版，第10页。

就是运用自身资源达到某种目的的过程。有学者就从这点出发，认为权力是“某一主体凭借和利用某种资源能够对客体实行价值控制致使客体改变行为服从自己，以实现主体意志、目标或利益的一种社会力量和特殊的影响力”①。而这个目的又往往是为了获取更多的资源，但绝非每个人都有平等的机会去获取资源，个人自身的资源决定他的权力大小，反过来又决定了他进一步获取资源的能力大小，对资源的控制是权力的内在实质，“权力关系产生于相互依赖，它改变资源的占有关系”②。

权力需要依赖资源。这个资源是权力得以产生的土壤，是获取权力的最原初的资本，可以是有形的，比如财富，也可以是无形的，比如知识。权力关系的形成可以是权力主体强制客体的后果，也可以是客体对主体主动回应的结果。因此可以说权力关系的双方是互为的，权力不是简单由一方单向地流向另一方。正像有人将权力说成信息流一样，这种权力流可以在权力关系双方间互相流动。但在具体的某个权力实施过程中，必然因两者的资源分布不平均，而导致一方对另一方拥有权力。

权力既是一种能力，更是一种关系，这是由它本身的丰富内容造就的。当权力是某人或某组织的一种能力时，我们会说“他有什么样的权力”，但这种能力可能并没有显现出来，这是由我们对这个人或组织拥有的资源，进行推测的后果。而当我们说“他对某人实施了什么样的权力”时，这时权力就成了一种关系，一种使权力双方处于不平等地位的关系。而这些就是权力含义的核心。

因此，笔者认为，当甲方因其自身资源因素，导致乙方去做了在其他情景下本不会去做的事时，甲乙双方构成的关系即为权力。

2. 资源和关系造就了秘书李真的权力。通过上面一节对权力定义的论述，我们可以发现权力体系中的两个关键词：关系和资源。没有关系和资源，就不会有权力的产生。那我们再回过头来看李真秘书权力的产生。③

在开始于 20 世纪 90 年代的“资源重新积聚”的过程中，整个社会的政治资本、经济资本和文化资本逐渐融汇成一个总体性的资本，流入了一个以政府官员为代表的“总体性精英集团”手中，与此同时，也形成了一个被同时剥夺政治、经济和文化资本的“底层社会”。这种情形奠定了政府官员特别是领导干部在整个社会资源分配格局中的优势地位。干部的层级越高，其拥有的资源分配优势就

① 卢少华、徐万珉：《权力社会学》，黑龙江人民出版社 1989 年版，第 20 页。

② 参见罗德里克·马丁：《权力社会学》，丰子义、张宁译，三联书店 1992 年版，第 111 页。

③ 以下观点受到冯仕政：《转轨体制下的权力、关系于资源——关于“秘书腐败”的社会学分析》的启发，载《江苏社会科学》2003 年第 6 期。

越明显。正是这样一种新的“官本位”的资源分配格局为李真提供了腐败的机会。而李真正是利用其秘书的特殊身份所形成的人际关系来分享领导干部的资源优势而“致富”的。

在上文我们论述了秘书具有助手、参谋、协调和信息枢纽作用，这些作用实质上就赋予了李真两种权力：一种是由上演化而来的权力，也可以看成是决策权的延伸；另一种是由下派生而来的权力，这是由于李真处于核心权力与实施对象之间的关口，往往成为在某一种权力体系中接近“权力核心”的必经通道，成为权力体系中人际关系网络的连接点。

通过人际关系网络的转换，李真成功地分享到领导的资源优势地位，从而使资源分配格局发生了有利于他的变化。在人际关系网络中所处的特殊地位，成为李真实际权力的一个重要来源。

人际关系网络是正式制度安排之外的一种重要的资源配置方式，是人与人之间通过社会交往而形成的实实在在的关系纽带，比如朋友、亲戚、熟人等。很多人认为社会资源都是附着于客观的社会地位之上的，只有占有某个社会地位，才能使用附着于这个社会地位之上的资源。也就是说，对于社会资源，只有占有才能使用，占有是使用的前提。按照这种理解，作为秘书的李真是不能够占有和使用社会资源的，但事实上作为秘书的李真大量占有和使用他所处地位占有和使用不了的社会资源。这就需要我们从其他途径寻找理论上的解释。而关于人际关系网络的理论很好地解释了李真占有和使用社会资源的秘密。

人际关系网络理论认为，资源不是附着于单个社会地位之上，而是存在于将各种地位串联起来的人际关系网络之中的。一个人只要嵌入某个人际关系网络，就能够摄取这张关系网络上的资源。简言之，社会资源并不是只有占有才能使用，在人际关系网络中，资源分配的逻辑往往是“所在即所用”。一个人从所处的人际关系网络中摄取社会资源的多寡，取决于他在整个网络中的位置及其社会地位和其他社会地位之间关系的性质。在一定条件下，在人际关系网络中具有的“关系优势”可以转变为资源优势。[①] 事实证明，李真贪污受贿之所以得逞，正是得益于他在以领导为核心的人际关系网络中具有非同寻常的“关系优势”。

李真的“关系优势”首先表现于他与领导的特殊关系。关于领导与其秘书之间的特殊关系，有“4M”之说。所谓“4M”，指的是秘书往往同时扮演四种角色：Manager（事务管理者、执行者）、Mother（像母亲一样关心领导）、Model

① 参见边燕杰：《社会网络与求职过程》，载《国外社会学》1999 年第 4 期。

（具备良好的形象举止）、Maid（像侍女一样照顾领导）[①]。这四个M道出了领导和秘书关系的复杂性：首先，这是一种交往频率很高，感情涉人很深的关系；其次，这是一种杂有公与私、功能性与情感性、制度性与私交性等多种属性的混合关系；最后，这种关系是垄断性的，除了秘书，没有任何人能够和领导形成这种特殊关系。

与河北省主要领导的特殊关系是李真贪污受贿，尤其是受贿的最重要的社会资本。

（1）利用与领导的亲密关系，李真可以获得大量的内部信息。在高度集权的政府管理体制下，信息的披露是等级制的。领导级别越高，获知有关的信息就越早，手中掌握的信息也越重要。由于对信息披露的严格控制，这些信息就成为社会上的稀缺资源。李真由于与领导密切接触，往往能够获得大量的内部信息。而这些信息对社会上的寻利者是非常重要的，获得信息就成为这些人向李真行贿的动力所在。职位并不高的李真，能成为河北省的“二书记”，连原石家庄市市长张二辰都要向他行贿，很大程度上就是李真掌握有大量的内部信息。

（2）与领导的密切关系有利于李真直接盗用公共权力。在第一种情形中，李真还只是“倒买倒卖”公共权力。而在有些情况下李真还可以直接盗用公共权力进行腐败。李真与领导之间的公私难辨的特殊关系，使李真能够以领导的代理人的身份出现，李真的言行举止往往被视为“领导的意图”。在高度集权的治理体制下，领导的权力往往失去监督和约束，在这种情况下，李真的一举一动到底是他个人的意图还是领导的意图往往无法查证，实际上也没人敢查证。领导无人监督导致李真也无人能监督，这就给了李真假公济私的机会。如李真的受贿事实中提到，在李真担任秘书时，接受河北省保定市高碑店电力局局长孙长春的请托，多次要求保定地委有关领导人对孙提拔使用。职位并不高的李真，为什么能够要求职位比他高的保定地委领导人对孙提拔使用，这里就存在盗用公共权力的情况。

（3）李真和领导的密切关系，本身就构成了一种权力，可以直接成为行贿人行贿的原因。这是因为利用与领导的特殊关系，李真对领导的决策和意志具有潜在的影响力。在高度集权的治理体制下，政治沟通体制不够健全，下情难以上达，领导难以做到“兼听则明”。还有，李真作为秘书本身就是政务信息处理的一个重要环节，他可以通过对信息的选择性报送而影响领导的取向。另外，李真和领导朝夕相处，拥有非常丰富的影响领导决策的机会。通过集权体制的传输和

① 参见朱文轶：《中国秘书部落的权力场》，载《三联生活周刊》2002年第20期。

扩大，李真对领导的潜在影响力可以转变为对有关机构、部门、官员的支配性权力，利用这一权力，李真可以直接用来腐败。这就是为什么李真作为“河北第一秘”，官不大却成为众多官员、商人争相结交、行贿的对象，甚至不乏比他职位高的人；而且也解释了为什么作为李真对很多官员、商人看不上眼的原因。有报道说李真在做秘书时负责督察工作，所有督察结果都由省里各单位向他汇报，而省里领导听取的督察结果也由李真告诉各单位。在各单位负责人向李真汇报时，李真连头都不抬一下。[①]

除了与领导的特殊关系外，李真的关系优势还表现于他在整个人际关系网络中的位置优势。在一个由领导、李真和其他有求于领导的人三方构成的人际关系网络中，李真和领导之间形成的是一种紧密的强势关系。而领导和其他有求于领导的人之间的关系，由于二者地位悬殊，再加上正式制度安排和意识形态的约束，二者直接形成紧密的强势关系的可能性很小，往往只是一种疏远的弱势关系，甚至没有关系。这样在三者中就会形成一个以李真为联结点的人际关系网络。在这个网络中，李真和领导、李真和其他有求于领导的人都有直接的联系，而领导和有求于领导的人在很多时候没有直接的联系。这三者的人际关系网络赋予李真所处的位置以特殊的意义，即在这个人际关系网络中，李真就占有一个位置上的优势，其他有求于领导的人和领导之间的交往在很大程度上必须通过李真这个中介。

在占据位置优势后，李真可以把它转变为资源上的控制优势。作为领导和有求于领导者之间的中介，李真拥有相对于他们的信息优势，即李真同时了解他们二者的信息，而领导与有求于领导者之间则彼此不了解，他们的信息沟通需要通过李真来中转。在此过程中，李真就可以利用信息优势对他们进行操纵。这又可以分为两种情况。第一种情况，如果是领导本身腐败，想把手中的权力“变现”，李真就可以利用自己对有求于领导者的了解为其寻找买方。第二种情况，如果领导本身无意腐败，而是有求于领导者主动出击，那么李真就可以利用自己对领导的了解为其牵线搭桥，从中疏通，实际上是寻找卖方。在此过程中，李真实际上是利用他在人际关系网络上的位置优势做起“经纪人”的买卖。在这一过程中，通过中介，不管是买方还是卖方，李真都可以从中寻找到受贿的突破口。这样，李真就可以成功地将其位置优势转换为资源优势，自然也就将自己的秘书职位变成了腐败的通道。

综上所述，借助于和领导的特殊关系，以及人际关系网络中的触角和脉络，

① 参见朱文轶：《中国秘书部落的权力场》，载《三联生活周刊》2002 年第 20 期。

李真成功地取得了原本属于领导的一部分权力，成功地分享了领导的资源优势，并不断地将关系优势转换为资源优势，从而完备了受贿罪中客观方面关于权力的要求。在理论上解决了法律上、政策上无权的秘书可以成为受贿罪主体的问题。

## 六、非典型的间接正犯问题

### （一）间接正犯的相关理论[①]

1. 间接正犯的概念。一般认为，所谓间接正犯，是与直接正犯相对的一个概念，它同直接正犯一样，也是正犯，属于正犯而不是共犯的范畴。它与直接正犯的区别在于行为人并不直接实施某一犯罪构成要件的实行行为，而是通过他人实现自己的犯罪。有学者对间接正犯定义如下：间接正犯，即把一定的人作为中介实施其犯罪行为，其所利用的中介由于具有某些情节而不负刑事责任或不发生共犯关系，间接正犯对于其通过中介所实施的犯罪行为完全承担刑事责任。这种实施犯罪行为的间接性和承担刑事责任的直接性的统一就是间接正犯。[②]

近代刑法理论中的间接正犯的概念，据说产生于主观主义未普遍发达时代的德国刑法学。一般认为，间接正犯是客观主义的共同犯罪理论为弥补其共犯从属性说之不足而推衍出来的一个范畴。正如德国学者指出的：在教义学史上，间接正犯原本只扮演了“替补者”的角色。人们当时想将那些顾及共犯的严格的从属性因教唆而不可能处罚的案件包括进去。[③] 间接正犯的概念产生虽早，但在立法上承认间接正犯，却始于 1919 年的德国刑法草案。该草案第 26 条明文规定了间接正犯的概念，指出：“对于非依犯意而行为之他人，或无责任能力之他人，以犯意教唆其为犯行之实施者，是为间接正犯。”现行的《德国刑法典》第 25 条第 1 项规定：“假手他人以实行之者，依正犯处罚之。”这被认为是对间接正犯的典型规定。

我国刑事立法中没有间接正犯的概念和规定，从中国刑法关于共同犯罪人的分类来看，没有采用大陆法系的分工分类法，即正犯与共犯的区分，而是主要采用作用分类法，即分为主犯、从犯与胁从犯，教唆犯只是一种补充。在这种情况下，在中国刑法中既然没有正犯的概念，当然也就没有间接正犯的概念。但作为大陆法系刑法理论中一个通用的刑法概念，我国刑法理论界近年来对间接正犯问题也作了一些比较深入的研究。

---

① 以下关于间接正犯的理论很大程度上参考了陈兴良：《间接正犯：以中国的立法与司法为视角》，载《法制与社会发展》2002 年第 5 期。

② 参见陈兴良：《间接正犯：以中国的立法与司法为视角》，载《法制与社会发展》2002 年第 5 期。

③ 参见陈兴良主编：《刑法疑案研究》，法律出版社 2002 年版，第 67 页以下。

2. 间接正犯的特点

（1）间接正犯是正犯。在间接正犯的理论中，间接正犯的正犯性是一个核心问题，即间接正犯并未亲手实行犯罪，那又为什么要将其视为正犯？对此，在刑法理论上存在下述观点：[①] ①工具说，认为间接正犯是利用他人犯罪，被利用者只不过是间接正犯的工具而已；②因果关系中断说，此说将间接正犯视为因果关系中断的一种排除情形，即指在因果关系进行中，介入一定的自然事实或他人的意思自由行为，而使原有的因果关系中断。而利用无责任能力人或无故意者，成立间接正犯；③原因条件区分说，认为对于结果发生具有一定关系的先行行为原因，具有原因力，利用者应负正犯之责；④主观说，认为间接正犯是以自己犯罪的意思而利用他人犯罪，所以，虽然利用者没有直接实施犯罪，亦应视同正犯；⑤国民道德观念说，认为根据国民道德观念，应将利用他人犯罪者视为正犯；⑥构成要件说，认为实行符合构成要件定型性的行为均为正犯行为，间接正犯只不过是实行的方式而已；⑦行为支配说，认为间接正犯在利用他人犯罪中，起着支配作用，即间接正犯在整个犯罪过程中都居于支配的地位。

在上述诸说中，工具说是对间接正犯特点最为有力的说明。正是通过对工具或曰道具的支配，使利用者获得了正犯的性质。正如德国学者指出：间接正犯是指，为了实施构成要件该当行为，以利用他人作为“犯罪工具”的方式来实现犯罪构成要件者。在间接正犯情况下，行为支配的先决条件是，整个事件表现为幕后操纵意志的杰作，幕后操纵者通过其影响力将行为媒介控制在手里。[②] 其他学说对于阐明间接正犯的性质也都具有一定的意义，它们或者从客观方面或者从主观方面，或者从利用者方面或者从被利用者方面，还有从社会一般违法观念方面，对间接正犯的正犯性作了论证。尤其值得注意的是，日本学者小野清一郎从伦理评价的角度论证了间接正犯的正犯性。小野指出：“所谓间接正犯，也是伦理性的，因而也成为构成要件行为的问题。这是一种自己不下手，而通过利用他人——然而并不是教唆他人去实行犯罪——来实行自己的犯罪的情形。这些行为的构成要件，尽管是以物理的行为（身业）为其内容的，但又是以智能地使动他人的行为（语业）为内容的，并且在具体事件中从伦理评价中认定其符合构成要件行为即为实行的。这是间接正犯的特点。[③]

（2）间接正犯在主观上具有利用他人犯罪的故意。也就是指行为人明知被利

① 参见林维：《间接正犯研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 62 页以下。

② 参见林维：《间接正犯研究》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 62 页以下。

③ 参见［日］小野清一郎：《犯罪构成要件理论》，王泰译，中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 53 页。

用者没有刑事责任能力或者没有特定的犯罪故意而加以利用，希望或者放任通过被利用者的行为达到一定的犯罪结果。因此，间接正犯与被利用者之间不存在共同犯罪故意。这种利用他人犯罪的故意不同于直接正犯的自己犯罪的故意，因而有别于直接正犯。同时，这种利用他人犯罪的故意也不同于教唆故意与帮助故意。教唆故意是唆使他人犯罪的故意，帮助故意是帮助他人犯罪的故意，这是一种共犯的故意，以明知被教唆人或被帮助人的行为构成犯罪为前提，具有主观上的犯罪联络。而在间接正犯的情况下，行为人明知被利用者的行为不构成犯罪或者与之不存在共犯关系，因而具有单独犯罪的故意，即正犯的故意。

（3）间接正犯在客观上具有利用他人犯罪的行为。在间接正犯中，行为人不是亲手犯罪，而是以他人作为犯罪工具而实施犯罪。正是利用他人犯罪这一特征将间接正犯与直接正犯加以区别。直接正犯是本人亲手实施犯罪，当然，在这种实施犯罪过程中，也未必见得都是直接使用肢体，而是可以利用机械、自然力或者动物，由于这些被利用对象不具有人的主体性，因而只是纯粹的客体——犯罪工具，因而自然属于直接正犯的范畴。这种利用他人犯罪的行为也不同于教唆行为与帮助行为，后者是一种共犯行为，存在着对于实行行为的客观联结，因而形成共同的犯罪行为。而间接正犯的利用行为是单独的犯罪行为，被利用者的行为只是间接正犯实行犯罪的一种中介。从因果关系上说，共同犯罪行为是犯罪结果发生的共同原因，因而教唆行为和帮助行为与犯罪结果之间存在多因一果的关系。当然，将教唆行为与帮助行为单独加以考察，一般认为教唆行为与犯罪结果之间具有间接的因果关系，而帮助行为则只是犯罪结果发生的条件而非原因。在间接正犯的情况下，行为人与犯罪结果之间具有因果关系，这种因果关系具有包容性的特征。

3. 间接正犯和教唆犯、帮助犯的区别。间接正犯的正犯性，使之区别于教唆犯、帮助犯。间接正犯与教唆犯的区别在于：间接正犯是在利用他人犯罪的故意的支配下将他人作为实现本人犯罪意图的工具，而教唆犯是在教唆他人犯罪的故意的支配下以共同犯罪的形式实现本人的犯罪意图。间接正犯与帮助犯的区别在于：由于间接正犯和被利用者的行为之间不发生共同犯罪关系，或者被利用者的行为不认为是犯罪，所以间接正犯从外表上好像是帮助他人犯罪，实质上则对于他人的行为具有支配性，是在利用他人犯罪。正是由于间接正犯与共犯之间形同而实异，因而使之区别于共犯而归入正犯的范畴。正因为如此，正如日本学者所指出，间接正犯不被放在共犯论里面，而是作为构成要件行为的解释问题在构成要件该当性中论述的，并且与利用自己酒醉等状态完成犯意的“基于某种原因的自由行为”一起说明的人增多起来了。当区别正犯与共犯之时，曾经有过共犯

概念优劣之争的具有一种试金石感的“间接正犯”概念，在刑法上的评价态度已从自然主义的考察向规范主义的考察发展，从而带来了上述那种体系的变动。[①]正犯是与共犯相对应的概念，无正犯也就无所谓共犯。因此，作为正犯之一种特殊类型，在共同犯罪的理论中论及是恰当的，何况，像德国刑法典那样规定间接正犯的国家，也是在共犯当中规定的。

4. 间接正犯与亲手犯的区别。在认定间接正犯的时候，我们必须明确：间接正犯的存在不是绝对的与无条件的。[②] 间接正犯的存在是有一定限制的。在刑法理论上，为了将间接正犯限制在一定范围内，而把不能构成间接正犯的各种犯罪涵括在一定的概念之内加以理解，亲手犯就是为适应这一需要而出现的一个概念。

所谓亲手犯，是指以间接正犯的形式不可能犯的犯罪。换言之，它的实现，以由行为人亲自实行的犯罪。亲手犯与间接正犯是互相消长的，如果扩张亲手犯的范围，必然缩小间接正犯的范围；反之亦然。在刑法理论上，一般认为亲手犯存在于下列各种犯罪之中：

（1）身份犯。身份犯有纯正身份犯与不纯正身份犯之别。在不纯正身份犯的情况下，身份是刑罚轻重的事由。因此，仍然可以成立间接正犯，而不属于亲手犯。纯正身份犯是否属于亲手犯也不能一概而论。只有由法定身份构成的纯正身份犯才是亲手犯，由自然身份构成的纯正身份犯不是亲手犯。[③]

（2）目的犯。目的犯是指以行为人主观上的特定目的为构成犯罪的要件的犯罪。没有这种特定目的，就不可能构成犯罪。在目的犯的情况下，具有特定目的的人可以利用没有特定目的的人实施犯罪而构成间接正犯。但如果是没有特定目的的人就不可能利用他人构成目的犯的间接正犯。因此，在这种情况下，目的犯是亲手犯。

（3）不作为犯。不作为犯是指以一定的作为义务作为构成犯罪要件的犯罪。没有这种特定义务，就不可能构成犯罪。在不作为犯的情况下，没有特定义务的人可以利用具有特定义务的人实施不作为犯罪而构成间接正犯。例如，没有特定义务的甲利用谎言欺骗扳道工乙，使其未能履行职责，致使火车颠覆，甲就是间接正犯。但如果是具有特定义务的人就没有必要利用他人实施犯罪，因为只要其本人身体状态之静止，就足以构成犯罪。因此，在这种情况下，不作为犯就是亲手犯。

---

① 参见［日］福田平、大塚仁：《日本刑法总论讲义》，李乔等译，辽宁人民出版社 1986 年版，第 161 页。

② 参见韩忠谟：《刑法原理》，台湾大学法学院 1981 年增订第 14 版，第 295、296 页。

③ 参见陈兴良：《间接正犯：以中国的立法与司法为视角》，载《法制与社会发展》2002 年第 5 期。

### （二）李真的受贿行为是否构成间接正犯

通过上面对李真权力来源的分析，我们知道作为秘书的李真在法律上和政策上是没有他所服务的领导之权力的，但和领导的关系造就了李真的权力。李真受贿时，和别人进行权钱交易的权，实际上就是他领导的权力，在很多时候，他为别人谋利益用的也是他所服务的领导的权力，只是李真以其秘书的特殊身份借用或盗用。在这里我们就发现了一个有趣的现象——这也是在很多秘书腐败案里一个常见的现象——李真通过借用领导的权力和别人进行权钱交易，收受或索取别人的财物，并通过利用领导的权力去为别人谋取利益。在这里面领导的权力和行为是李真构成受贿罪的一个重要条件。上面我们分析过，要成为受贿罪中的主体，必须要掌握有一定权力（共同犯罪中有例外，不在本文的讨论之列），李真从与领导的特殊关系中获取权力，实质上就是利用领导的权力，把领导的权力变为自己的权力。虽然现在主流的观点认为，为他人谋取利益只是受贿罪主观方面的一个要件，但李真利用领导权力的行使为他人谋得实际的利益，也是认定李真具有受贿罪主观方面要件的一个重要的客观表现，可以说领导是李真利用的一个工具，只是收受或索取他人财物的行为是由李真来完成的。通过李真的受贿事实，我们可以发现，李真的受贿行为和间接正犯中的利用行为有些相似，但其他方面又有一些差别。

相似之处首先体现在李真在主观上具有利用其领导完成其受贿行为的故意。李真明知其领导没有特定的犯罪故意而加以利用，希望通过领导的权力和行为达到自己受贿的结果。在这里，李真和其领导之间不存在共同犯罪故意。同时，李真这种利用领导人而自己犯罪的故意也不同于教唆故意与帮助故意。教唆故意是唆使他人犯罪的故意，帮助故意是帮助他人犯罪的故意，这是一种共犯的故意，以明知被教唆人或被帮助人的行为构成犯罪为前提，具有主观上的犯罪联络。而在李真受贿情况下，李真明知其领导在被其利用时的行为不构成犯罪或者与之不存在共犯关系，因而李真具有单独构成受贿犯罪的故意。其次体现在李真客观上具有利用领导进行受贿犯罪的行为。在李真受贿行为中，李真虽然在收受或索取他人财物时是自己实行的，但他能最终实现收受或索取他人财物的行为，是以他把领导人的权力和行为作为中介而完成的。这种利用他人犯罪的行为也不同于教唆行为与帮助行为，后者是一种共犯行为，存在着对于实行行为的客观联结，因而形成共同的犯罪行为。而间接正犯的利用行为是单独的犯罪行为，被利用者的行为只是间接正犯实行犯罪的一种中介。从因果关系上说，共同犯罪行为是犯罪结果发生的共同原因，因而在教唆行为、帮助行为和犯罪结果之间存在多因一果的关系。当然，将教唆行为与帮助行为单独加以考察，一般认为教唆行为与犯罪

结果之间具有间接的因果关系，而帮助行为则只是犯罪结果发生的条件而非原因。在间接正犯的情况下，行为人与犯罪结果之间具有因果关系，这种因果关系具有包容性的特征。

总之，李真是把他的领导作为中介来实施其受贿行为，其所利用的领导由于对其受贿行为并不知情（至少到现在为止并没有事实证明知情），而李真利用领导的职务行为为他人谋取利益时，谋取的利益可能是正当的利益，这个时候领导的职务行为当然就是正当的职务行为了。而当李真利用其领导为他人谋取不正当的利益时，领导的职务行为在很多时候也不是犯罪行为，即使领导的行为性质严重可能构成渎职方面的罪名时，李真的领导和李真也不发生共犯的关系，因为在李真利用领导的权力以及领导的行为为他人谋取利益时，其具有的是受贿罪的主观方面，而其领导具有的是某个渎职罪的主观方面，领导所应负的责任也只是渎职罪的责任。因而根据主客观相统一原则李真的领导对李真的受贿行为不负刑事责任，也不发生共犯关系。而李真对其通过领导所构成的受贿行为应承担完全刑事责任。

当然李真的行为与典型的间接正犯相比较，区别也是很明显的。其中，最大的区别就在于，一般认为在间接正犯中，间接正犯没有实施直接的犯罪行为，其犯罪行为都是通过被利用者来完成的。但李真利用其领导来完成的收受或索取他人财物的行为都是李真本人完成的。不过这里李真本人完成收受或索取他人财物的行为并不能表明李真的整个受贿行为是亲手犯：①从主观方面来讲，李真收受或索取他人财物的行为本身并不是一个受贿行为，只有在李真利用其领导权力，使自己具有受贿罪主体资格，产生为他人谋取利益的主观意思时，才构成受贿行为，具有受贿行为的危害性。这时，利用领导的权力是其产生这种受贿主观思想的前提，没有利用领导的权力的前提条件，李真收受或索取他人财物的行为根本就不可能构成受贿行为，也就更不会有受贿罪主观方面的认识因素和意志因素了。②从客观方面来讲，受贿罪的本质是权钱交易，但在权钱交易的本质里，核心是权力。受贿行为就是以权力为中心展开的。先有权力的存在，才会有收受或索取他人财物行为的产生而对权力的使用，正是对方心甘情愿送出财物或在被索要财物时愿意交出财物的目的所在，而这一切都是以利用领导的权力来完成的。没有利用领导权力的前提条件，就不会存在收受或索取他人财物的行为造成对受贿罪客体的侵害，自然收受或索取他人财物的行为就不是受贿罪客观方面所要求的行为了。而李真之所以能满足受贿罪的犯罪构成，都是以其秘书身份利用领导权力来实现的。他亲自收受或索取他人财物的行为，只有通过其领导这一中介，才具有了受贿行为这一犯罪行为的性质。所以笔者认为作为秘书的李真的受贿罪

不是亲手犯。

通过上述分析，笔者认为李真的受贿罪符合间接正犯的核心特点，虽然在具体形式上与典型的间接正犯有所不同，但这都不能影响其具有间接正犯的本质属性。即把一定的人作为中介实施其犯罪行为，其所利用的中介由于具有某些情节而不负刑事责任或不发生共犯关系，间接正犯对于其通过中介所实施的犯罪行为完全承担刑事责任。这种实施犯罪行为的间接性和承担刑事责任的直接性的统一就是间接正犯。

因此笔者的观点就是：作为秘书的李真的受贿行为是非典型的间接正犯。

## 七、受贿罪还是诈骗——一个值得探讨的问题

### （一）问题的提出

在李真一案中，有法院认定的很多索贿的事实，如：1994 年初，被告人李真在担任省委办公厅秘书期间，要求中兴电子公司经理张铁桥为其办理一张个人消费信用卡，并提供了姓名“韩叙”的假身份证。1994 年 3 月 7 日，张铁桥指使公司财务人员用李真提供的假身份证，在中国银行秦皇岛开发区支行办理了一张卡号为 8073592002161009 的信用卡。1995 年 4 月，被告人李真在担任省委办公厅副主任期间，让河北大野集团总裁卢鹰为其办理了一张长城信用卡，并用此卡消费了人民币 1.944 055 万元。但法院在认定这些事实时，对其主观方面在索贿时的认定中并未作过多的解释。那么在认定这些事实时，是否就千真万确地构成受贿罪，而不存在构成其他罪的情况呢？恐怕也很难说。在李真的权力背景下，他向对方索要财物，至于他是否真要为对方谋利益，意思表示中辨别不出来，在这个时候是认定受贿罪还是诈骗罪？从客观方面来讲，两者似乎都可以进行认定，这时的关键在于主观方面。实践中，这种情况认定为受贿罪是无疑的，但如何在理论上说清认定的过程恐怕不是一件容易的事，因而这种情形的主观方面之实际认定往往在很大程度上被忽视了。

而且刑法学界在理论上讨论受贿罪的犯罪构成中，其主观方面也一直受到忽视。一般在谈到受贿罪的主观方面时只是简单地提到：受贿罪主观方面只能是直接故意，即行为人明知其利用职务上的便利，索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为会损害国家工作人员职务行为的廉洁性，仍然决意为之。[①] 但是，作为受贿罪构成要件的一个重要方面，主观方面的要件是区分罪与非罪、此罪与彼罪的一个非常重要的条件，忽视主观方面，在很大程度上是对主

① 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（下册），中国法制出版社 1999 年版，第 1142 页。

客观相统一刑法基本原则的背离。另外，如果其主观方面确实不好认定，很难认定，那么回避问题也不是研究刑法问题的态度，这就需要我们寻找解决问题新的途径。因而在本案中，结合李真的犯罪事实，来研讨认定受贿罪的主观方面，是十分有必要的。

**（二）受贿罪主观方面的内容**

作为故意犯罪，受贿罪的主观方面包括认识因素和意志因素，而对受贿罪主观方面的认识因素和意志因素，学界存在不同的认识，有论者对这些不同的观点作了总结如下：①

1. 受贿罪的认识因素。对受贿罪的认识因素，代表性的观点有以下几种：

（1）受贿罪的主观方面是行为人能够认识到自己索取收受的财物与其职务范围内的行为具有对价关系。不能强求必须证实行为人对其行为的渎职性、违背职务性有所认识。②

（2）行为人的认识因素指行为人认识到自己索取、收受贿赂的行为是非法的，认识到自己是在和对方进行以权换利的肮脏交易，认识到自己的行为必然侵犯职务行为的不可收买性。③

（3）受贿人必须明知自己在与行贿人作非法交易，交易的标的具有贿赂性。具体来讲，受贿人必须认识到行贿人行贿，是为了利用自己的职务行为达到牟取私利的目的，自己取得贿赂要付出利用职务行为为行贿人谋利的代价，是在与对方作权和钱的交易。④

（4）受贿罪的认识因素是指行为人明知利用职务上的便利为他人谋取利益而索取或非法收受他人财物，或者在经济往来中违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费归个人所有的行为，会损害到国家工作人员职务行为的廉洁性，侵犯国家机关、单位的正常管理活动。⑤

（5）行为人必须明知自己违背职务行为廉洁性，明知自己行为渎职且有社会危害性。⑥

---

① 参见李希慧、童伟华：《受贿罪主观方面研究》，载赵秉志主编：《刑法评论》（第5卷），法律出版社2004年版。

② 参见杨兴国：《贪污贿赂罪法律与司法解释应用问题解疑》，中国检察出版社2002年版，第206页。

③ 参见张明楷：《刑法学》（下），法律出版社1997年版，第923页。

④ 参见姜黎艳：《关于受贿罪几个问题的探讨》，载本书编写组编：《刑事法学要论》，法律出版社1998年版，第796页。

⑤ 参见高铭暄主编：《刑法专论》（下编），法律出版社2002年版，第835页。

⑥ 参见陈大平：《浅谈环境对职务犯罪的影响》，载《人民司法》2000年第2期。

在分析了以上五种观点后，该论者提出了自己的观点：主张受贿罪主观方面的认识即应包括对客观要件的认识，也应包括对客体的认识，即只有行为人既认识到收受他人财物，又认识到为他人谋取利益，才能说明行为人对受贿罪的客观要件有所认识；同时，也只有行为人将收受或索取他人财物与为他人谋取利益结合起来，才能说明行为人认识到了犯罪客体，即认识到自己的行为具有出卖国家工作人员职务的性质。具备这两个方面的认识因素，我们就可以说具有了受贿的犯罪故意。[①]

从以上六种观点，我们可以看出，在讨论受贿罪主观方面的认识因素时，无不围绕着职务犯罪这一主题，有认为要认识到受贿罪的客体的，如前面五种观点；有认为要认识到受贿罪的客体和客观方面的，如第六种观点。但至少都要求行为人认识到受贿罪的客体。由于学者对受贿罪的犯罪客体有不同的认识，所以对受贿罪的表述不一样，但都是围绕着要求主观上认识到自己行为侵犯职务的廉洁性这一中心点展开的。至于受贿罪的认识因素和客体到底是什么，不在本文的讨论范围，在此不展开具体的分析。

2. 受贿罪的意志因素。受贿罪的意志因素，是指行为人对侵犯国家工作人员职务行为的廉洁性所持的心理态度。该论者赞同受贿罪的主观方面只能由直接故意构成，即行为人明知自己的行为利用职务上的便利条件索取他人财物，或者收受他人财物为他人谋取利益，或者在经济往来中违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费归个人所有的行为，会损害国家工作人员职务行为的廉洁性，却希望这一危害结果的发生。间接和过失均不能构成受贿罪。[②] 即在意志因素中，都在明知会侵犯受贿罪的客体的前提下，仍希望这一危害结果的发生。

### （三）认定受贿罪主观方面时应坚持主客观统一原则

马克思主义辩证唯物论是我国刑法中主客观相统一原则的理论基础。马克思主义辩证唯物论认为，物质决定意识，意识反作用于物质。人的认识并不是完全被动的，人的意识具有主观能动性。人可以根据对客观世界的规律的认识来指导自己的实践活动，不断的改造世界以达到自己的目的。正如恩格斯所说："在社会历史领域内进行活动的，全是有意识的、经过思虑或凭激情行动的、追求某种目的的人，任何事情的发生都不是没有自觉的意图，没有预期的目的的。"[③] 犯

---

① 参见李希慧、童伟华：《受贿罪主观方面研究》，载赵秉志主编：《刑法评论》（第5卷），法律出版社2004年版。

② 同上。

③ 参见《马克思恩格斯选集》第4卷，第243页。

罪行为也不外乎是一种实践活动，是在一定的意识和意志支配下进行的，即是一定的客观危害行为和主观罪过的统一。

主客观相统一原则是我国刑法中的基础性原则。传统刑法理论认为，主客观相统一原则即主观与客观相统一的刑事责任原则，它的基本含义是：对犯罪嫌疑人、被告人认定是否构成犯罪、构成什么罪、追究刑事责任，必须同时具备主客观两方面的条件。具备主客观两方面的条件又有两层含义，一层含义是认定是否构成犯罪必须有主观上的罪过和客观上的行为；另一层含义是主观上的罪过和客观上的行为必须统一于一罪，即必须是甲罪的罪过和甲罪的行为的统一，而不能是甲罪的罪过和乙罪的行为的统一。

结合本案，我们认为，在认定李真受贿罪时就必须坚持主客观相统一的原则，即李真既要有受贿罪主观方面的认识因素和意志因素，又要有客观上收受或索取他人财物的行为。由于上面分析的原因，理论和实践中认定受贿罪时，对其客观方面的认定很详细，而主观方面则存在一定程度的忽视。当然了，主观方面作为人的内在思想，必须通过其外化的行为来进行认定。但是否在认定受贿罪时存在行为人没有受贿犯罪的故意，而是存在其他犯罪的故意，由于其外在的客观行为具有很强的相似性，而认定为受贿罪的情况呢？有学者就这一情况作出过分析：在收受型受贿犯罪中，受贿者明知行贿者行贿的意图在于利用自己的职务为其谋取私利，如果自己没有为他人谋取利益的意图，通过沉默的方式给行贿人造成为其谋利的假象，或者通过编造谎言欺骗行为人为其谋利，从而收受他人的财物，就应该定诈骗罪而不是受贿罪。因为，行为人通过隐瞒真相或虚构事实的方法骗取他人财物，符合诈骗罪的犯罪构成而不是受贿罪的犯罪构成。[①] 但另有学者认为上面的观点不但在经验上而且在理论上都是站不住脚的。如果他人向国家工作人员行贿，国家工作人员接受了他人财物，并通过明示或暗示的方法表示为他人谋取利益，按照上述论者的观点，这时还不是受贿罪，还必须具备为他人谋取利益的真实目的，否则就定诈骗罪。这样一来，对国家工作人员要定什么罪完全取决于行为人当时是否确实有为他人谋利的目的，如果有此目的，成立受贿罪，如果没有此目的，成立诈骗罪。由于犯罪目的没有与之相对应的客观事实，因而是否有为他人谋利的目的（特别是在国家工作人员没有现实地为他人谋利的情况下），完全取决于国家工作人员的供述。最终的结果，就是在认定受贿罪的司法实践中，没有确定的客观标准，而是取决于国家工作人员愿意给自己定什么

① 参见姜黎艳：《关于受贿罪几个问题的探讨》，载本书编写组编：《刑事法学要论》，法律出版社1998年版，第799页。

罪——如果国家工作人员供述自己有为他人谋利的目的就定受贿罪，如果国家工作人员供述自己没有为他人谋利的目的就定诈骗罪。这是十分可笑的事。对于索取型受贿来说，国家工作人员如果不以利用职务为他人谋利相引诱，他根本不可能索取到财物，一旦他以出卖职务为条件向他人索取财物，不管他是否有真实地为他人谋利的目的，都不影响定受贿罪。如果他没有利用职务行为向他人索取财物，自然不属于职务犯罪，无须在受贿罪中讨论。综上，无论是在收受型还是索取型受贿犯罪中，只要行为人允诺为他人谋取利益，客观上就是在侵犯国家工作人员职务行为的不可出卖性，主观也认识到自己行为的以权谋私的性质，没有理由不定受贿罪。是否有为他人谋利的真实目的，与行为对合法权益的侵犯没有任何关系，不应该影响受贿罪的成立。①

对上述两种观点的讨论，笔者赞同可以构成诈骗罪的观点，倒是后面的一种观点在经验和理论上都是站不住脚的。按照该观点，如果他人向国家工作人员行贿，国家工作人员接受了他人财物，并通过明示或暗示的方法表示为他人谋取利益，不问该意思表示的真假，都应构成受贿罪。那我国刑法关于诈骗罪客观方面的虚构事实和隐瞒真相的规定，在这种情况下是否可以适用，就值得怀疑了，但我国刑法并没有诈骗罪在这种情况下不能适用的规定，因此，事实上在这种情况下应可适用诈骗罪的规定，只要符合诈骗罪的犯罪构成，就应该认定构成诈骗罪。另外，如果行为人没有通过明示或暗示的方法表示为他人谋取利益，这种情况下又该如何认定呢？同时该论者还认为如果这种情况下不对行为人认定构成受贿罪，则可能出现对国家工作人员要定什么罪完全取决于行为人当时是否确实有为他人谋利的目的，如果有此目的，成立受贿罪，如果没有此目的，成立诈骗罪。由于犯罪目的是超过的构成要件要素，没有与之相对应的客观事实，因而是否有为他人谋利的目的（特别是在国家工作人员没有现实地为他人谋利的情况下)，完全取决于国家工作人员的供述。最终的结果，就是在认定受贿罪的司法实践中，没有确定的客观标准，而是取决于国家工作人员愿意给自己定什么罪——如果国家工作人员供述自己有为他人谋利的目的就定受贿罪，如果国家工作人员供述自己没有为他人谋利的目的就定诈骗罪。这种分析也是站不住脚的。首先，必须要肯定的是在实践中是存在这种情况的，并不能因为很难认定就否认这种情况的存在；其次，犯罪目的是超过的构成要件要素很难认定，特别是在国家工作人员没有现实地为他人谋利的情况下，但并不是没有办法解决，并不是承

① 参见李希慧、童伟华：《受贿罪主观方面研究》，载赵秉志主编：《刑法评论》（第5卷），法律出版社2004年版。

认这情况的存在，就会在认定受贿罪的司法实践中，取决于国家工作人员自己的供述。

还有该论者认为：对索取型受贿来说，国家工作人员如果不以利用职务为他人谋利相引诱，他根本不可能索取到财物，一旦他以出卖职务为条件向他人索取财物，不管他是否已真实地为他人谋利，都不影响定受贿罪。如果他没有利用职务行为向他人索取财物，自然不属于职务犯罪，无须在受贿罪中讨论。在实践中，国家工作人员是否一定要以利用职务为他人谋利相引诱，否则就根本不可能索取到财物呢？答案是否定的，在本案中，李真两次向他人索要信用卡，就没有以利用职务为他人谋利相引诱，而是在他秘书权力的背景下，无任何意思表示出来。当然，被索要方之所以在李真索取信用卡时给李真办理，看中的是李真手中的权力对其可能带来的影响，但并不能否认李真在其权力背景下，存在骗取对方财物的可能。而认为：一旦他以出卖职务为条件向他人索取财物，不管他是否有真实地为他人谋利目的，都不影响定受贿罪，则又出现了上面分析的我国刑法关于诈骗罪客观方面的虚构事实和隐瞒真相的规定的适用问题。而认为如果他没有利用职务行为向他人索取财物，自然不属于职务犯罪，无须在受贿罪中讨论则明显是在回避问题的存在，实践中怎么认定行为人在索取财物时是否利用了职务行为，是不是没有以利用职务为他人谋利相引诱而索取到财物，就不属于职务犯罪，那按这种观点，李真没有以利用职务为他人谋利相引诱索取的两张信用卡的行为，就不能构成受贿罪了，这不是和论者一直试图论证这种情况只能构成受贿罪南辕北辙了吗？并且这一观点和该论者认为国家工作人员如果不以利用职务为他人谋利相引诱，他根本不可能索取到财物的观点是自相矛盾的。

另外，该论者还指出无论是在收受型还是索取型受贿犯罪中，只要行为人允诺为他人谋取利益，客观上就是在侵犯国家工作人员职务行为的不可出卖性，主观也认识到自己行为的以权谋私的性质，没有理由不定受贿罪。是否有为他人谋利的真实目的，与行为对合法权益的侵犯没有任何关系，不应该影响受贿罪的成立。而什么是允诺，该论者认为只要行为人没有对财物表示拒绝，根据一般的社会生活经验就可以推定行为人允诺为他人谋利。① 这种观点也是不正确的，完全忽视了行为人主观方面真实意图的存在，走到了客观归罪的边缘。有学者对此观点也持反对态度，指出区分受贿罪与诈骗罪界限的关键在于把握行为人的主观意图。如果行为人的主观目的是想利用职务之便为他人谋取利益，只是由于意志以

---

① 参见李希慧、童伟华：《受贿罪主观方面研究》，载赵秉志主编：《刑法评论》（第5卷）法律出版社2004年版。

外的原因而未达到这一目的，属于受贿；如果行为人的目的是骗取财物，并无为他人谋取利益的意图，其答应为他人谋取利益也只是谎言，则属于诈骗。如果行为人索取或收受他人财物而答应他人提出的自己根本不可能也不打算实现的要求，也属于诈骗[①]。笔者同意该论者的观点，但问题的关键在于受贿罪的主观方面认定在具体的司法实践操作中，具有相当大的难度，那么应该怎样解决这一难题呢?

**（四）笔者的观点**

结合李真的犯罪事实，笔者认为在李真收受或索取财物的行为中还是有可能构成诈骗罪的。因为在上文的论述中我们可以看到，受贿罪主观方面的认识因素至少要求行为人认识到受贿罪的客体。即基本都要求主观上认识到自己行为侵犯职务的廉洁性；而在意志因素上，都在明知会侵犯受贿罪的客体的前提下，仍希望这一危害结果的发生。那么，在实践中并不是所有的国家工作人员收受或索取财物的行为，都存在这种认识和意志因素，就有可能不存在受贿行为主观方面的认识因素和意志因素，而是存在其他犯罪行为的认识因素和意志因素的情形，特别是在索贿的情形中，这种可能性就更大。李真在索取信用卡时，如果他当时的主观方面就是以非法占有为目的，没有为对方谋取利益的意思表示和想法，在他秘书的权力背景下，这种诈骗行为当然很容易得手，但我们并不能否认这种行为就是诈骗行为。

认为在权力背景下的收受或索取财物的行为只能构成受贿罪的观点，其实也是有一定道理的，这种观点认识到了在实践中要正确地认定行为的主观方面是很复杂和困难的，特别是在其中又掺杂了权力的影响因素，就更显困难和费力。如果承认这种情况的存在，就会给司法实践中认定受贿罪造成极大的困难，有时几乎是不可能完成的任务。这样就会给犯罪分子以可乘之机，造成最终定什么罪是由犯罪分子自己说了算，对法律的严肃性将会是一个十分严重的打击。但由此来否定这种情况的存在却也不是正确处理问题的态度。这样只会造成理论和实践上更大的混乱。

所以笔者认为，在这种情况下，上述两种观点都是应该考虑到的。既要承认在权力背景下收受或索取财物构成诈骗罪的可能性，又不能放纵那些真正的受贿行为，这就需要我们在主客观相统一原则的前提下，寻找到一种合适的途径来解决这一难题。

在上面我们提到，主客观相统一原则是刑法的基本原则，在认定犯罪行为时

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社 2002 年版，第 844 页。

任何时候都要坚持主客观相统一的原则。但在司法实践中它并不意味着在犯罪和刑罚方面要求面面俱到和平均主义，而是有偏重性的。正确理解主客观相统一原则在我国刑法理论中的合理性以及在司法实践中的正确运用，必须先了解其理论和立论基础。刑法关于犯罪与刑罚的规定以及司法上关于犯罪的认定与刑罚的适用，是应该重视行为还是行为人，刑法发展史上的旧派（刑事古典学派）和新派形成了行为刑法与行为人刑法的对立。客观主义和主观主义分别是旧派和新派在犯罪领域的基本立场。客观主义认为，刑事责任的基础是表现在外部的犯罪人的行为及其实害，或者说犯罪概念的基础，可罚性及其刑罚量的根据是客观行为及其实害。主观主义认为，刑事责任的基础是犯罪人的危险性格即反复实施犯罪行为的危险性，或者说犯罪概念的基础，可罚性及其刑罚量的根据是危险性格。但是，客观主义不是客观定罪，主观主义也不是主观定罪。他们并没有强调一面而否认另一面，只是将另一面绝对化或依附于一面而存在。只不过，他们各自都有自己的理论预设，在今天看来，他们的缺陷也正是在于其理论预设。客观主义将自由绝对化，认为人都是理性的自由人，人人都有平等的自由意志；而主观主义则以行为决定论（意思决定论）为基础，至于行为，只不过是行为人危险性的表征而已，不具有基础的意义，而行为的实害就更不具有实际的意义了。从中可以看出，客观主义和主观主义均有潜在的出发点构成其理论预设，这种预设性选择，从积极的意义上讲，不仅决定其理论的可能性，而且决定其局限性和脆弱性。而正是主、客观主义理论的局限性，使得主客观主义相统一理论应运而生。但是，我国刑法与刑法理论坚持的主客观相统一原则，并不是将大陆法系国家的刑法理论中的“客观主义”和“主观主义”统合起来的简单折中。而是基于犯罪的主观因素与客观因素可能相互分离而单独存在的客观真实，强调犯罪现象是内因和外因相互作用的结果，是人的内在的主观意识与其客观外部犯罪活动过程的统一，在解决人的刑事责任问题时必须同时考虑犯罪的客观因素与主观因素，并注意二者是否统一于犯罪行为之中，是否具有内在的一致性。这样就防止了在犯罪的主观因素与客观因素相分离的状态下只根据其中一个方面追究刑事责任的错误，使刑事责任的实际追究更趋合理。[①] 可见，主客观相统一原则的价值优点在于克服与纠正主观主义和客观主义都没有正确理解和把握主客观因素在刑事责任中的辩证关系。坚持主客观相统一原则，符合犯罪发生的事实过程，也符合认定犯罪的认识过程。我国刑法理论中的主客观相统一正是在扬弃主、客观主义理

---

① 参见张智辉：《刑事责任通论》，警官教育出版社 1995 年版，第 363 页。

论，合理吸收其“片面的深刻”的闪光点的基础上构建而成的。[①]

客观主义、主观主义和主客观相统一的区别不在于主客观因素之有无问题上，而是在于对主客观因素更重视哪一方面。主客观相统一实质上是在主观主义与客观主义的对立中达到一种相对的动态的主客观相统一。但这种统一并非面面俱到，而是一种以具体条件或不同领域为转移，有所偏重的统一。正如张明楷教授所指出的：中国的主客观相统一究竟是重视客观要素、还是主观要素呢？能够做到完全同等重视吗？这种主客观相统一是应以客观因素为基础，还是以主观因素为基础，则是需要进一步研究的问题。[②] 有学者认为主客观相统一就像一个钟摆因客观依据或条件的改变从主观主义转向客观主义或从客观主义转向主观主义而达到动态的平衡。[③] 在此，M·E. 迈耶的“分配理论”值得借鉴，即在理论上所说的各种各样的刑罚目的应根据不同的阶段而进行分配。[④] 笔者以为，在定罪、量刑到行刑的过程中，主客观相统一的作用和表现形式存在着较大的差异，行为及其实害应受重视的程度呈递减的趋势；相应的，人身危险性受重视的程度则不断地加强。这是由犯罪的本质及刑罚的目的和功能决定的。[⑤]

在认定犯罪的时候应该偏重于关注行为及其实害，这是由犯罪的本质——社会危害性决定的，尽管社会危害性也是主观恶性和危害行为的统一，但危害行为在决定犯罪与否或犯罪性质的问题上具有决定性作用（但并不否定主观罪过在此方面的作用，只是主观罪过同本文所讨论的人身危险性或危险性格有本质的不同，这里的行为和实害是相对于人身危险性而言）。“处于犯罪概念基底的，首先是行为。是直视其现实意义来把握行为，还是认为行为具有行为人性格的表征意义，暂且不论，古典学派、近代学派从来都赋予行为在确定犯罪概念上以重要意义。在今日的刑法中，无疑也必须以行为观念为核心来确定犯罪概念。上述的犯罪定义中以‘符合构成要件的违法而且有责的行为’为犯罪，刑罚法规规定的各犯罪都由一定的行为来赋予特征。”而且，“关于作为犯罪概念基底的行为，其中，特别应该作为问题对待的是作为界限要素的机能。它不外乎是刑法评价为犯罪的前提，是作为刑法评价对象的行为。”[⑥] 犯罪行为及其被侵害法益以及行为

① 参见聂立泽：《主客观性统一原则的生成与内涵》，载《现代法学》2003 年第 1 期。

② 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 59—60 页。

③ 参见齐文远、周详：《对刑法中“主客观相统一”原则的反思——兼评主观主义与客观主义》，载《法学研究》2002 年第 3 期。

④ 参见马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社 2004 年版，第 257 页。

⑤ 参见王晓辉《论主客观相统一原则的偏重性》，载《法律图书馆》，www//law - lib. com/lw-view. asp? no=1875。

⑥ ［日］大冢仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 24 页以下。

的样态决定犯罪的性质及犯罪形态，判断犯罪以相当构成要件之客观事实如何为标准，且刑法的目的在于保护法益，因此对其产生侵害的危害行为成为犯罪与否及何为犯罪所关注的重点自是理所当然的。

因而在认定权力背景下收受或索取财物的行为时，我们应在坚持主客观统一的原则下，以客观方面的行为为侧重点来认定收受或索取财物行为的性质，但又要考虑到这种情况下存在诈骗行为的可能性，不能让以客观行为为侧重点走得太远，所以笔者认为过错推定，将举证责任倒置将会是一个不错的选择。只要行为人在权力的背景下，收受或索取他人财物，就推定其在主观上存在受贿罪的罪过，但如果行为人能证明自己无受贿罪的罪过，其责任即可豁免。即在坚持主客观相统一原则的前提下，偏重于客观方面的行为认定。并把证明收受或索取财物的行为不构成受贿罪的责任倒置给行为人，因为在实践经验中，在权力背景下收受或索取财物构成受贿罪的可能性就比构成诈骗罪的可能性要大得多。这样就既考虑到了主客观相统一的原则，又考虑到了司法机关证明行为人主观方面认识因素和意志因素的困难性，比较圆满地解决了受贿罪主观方面的问题。

过错推定责任是指法律事先规定，一旦行为人实施了某种行为，法律就推定行为人有过错，被告即应承担刑事责任，但如果行为人能证明自己无过错，其责任即可豁免。推定行为人有过错，当行为人无法证明自己无过错时，罪名成立。过错推定原则实质上还是遵循主客观相统一的原则，是主客观相统一原则的一种特殊表现形式。过错推定在诉讼程序中即表现为举证责任倒置原则。也就是说，在实体法上，适用过错原则的衍生规则，实行过错推定，在程序法上必然表现为要求作为被告的行为人对自己没有过错承担举证责任。过错推定原则没有脱离过错责任原则存在的法理基础，它只不过是基于道德观念和社会价值的考虑，将过错的证明责任转移给了行为人一方。

刑事案件中的举证责任一般由公诉方承担，但是在某些情况下，法律也可以规定举证责任由被告方承担。即在特殊情况下对举证责任的非常规性配置。所谓举证责任倒置，是指在刑事诉讼中的特定情况下，被告方对于控方的指控认为其不成立有提出反驳和辩解的事实主张和相应的证据权利和义务。其源出于民事诉讼中，20 世纪 60 年代德国学者保勒斯根据社会现实生活出现的环境污染、高度危险等新问题，克服了罗森伯格的“法律要件分类学说”的过于注重法条规定的外在形式的弊病，提出了“危险领域说”。该说认为，当事人应该对其所能够控制的“危险领域”内的事实负举证责任，也即在加害人所能够控制的“危险领域”内，受害人对于损害发生的客观与主观要件均不负举证责任，而由加害人就该客观和主观要件不存在的事实举证。该说继而认为：实际上实体法已根据公平

正义原则，为预防损害的发生，明文规定了危险领域内事项的举证责任即举证责任倒置的情况[①]，其后该学说被引入刑事诉讼中，并普遍的规定于各国的刑事法典中。举证责任倒置一般都是由法律以推定的形式明确规定的。立法者决定在某种案件中适用举证责任倒置的理由包括司法证明的需要、各方举证的便利，以及反映一定价值取向的社会政策性考虑。[②]

如日本《刑法典》第 207 条规定："二人以上实施暴行伤害他人的，在不能辨别各人暴行所造成的伤害的轻重或者不能辨别何人造成了伤害时，即使不是共同实行的，也依照共犯的规定处断。"德国对证明责任倒置也作出了明确的法律规定，如德国 90 年代颁布的《反有组织犯罪法》，在举证责任上，要求被告人就某些辩护主张举证，否则就被推定有罪。比如被告贩卖 1 000 马克的海洛因被认定，又在其家中查出上万马克的现金或同其收入不相称的大量财富，就被推定也是犯罪所得，予以定罪没收，如想免除罪责，被告人必须举证说明其钱财来源是合法的。[③] 在英国、美国以及我国的香港、台湾地区的刑法里面都有类似的规定。

在认定权力背景下收受或索取财物的行为时，采用举证责任倒置符合我国的刑事政策。如前所述要认定权力背景下收受或索取财物的行为的主观方面非常的困难，但不加以认定，又有违主客观相统一原则，这样就有错误认定犯罪的危险，为了正确认定受贿犯罪，有效打击受贿犯罪，保证国家工作人员的廉洁性，特别是我们国家现正处在改革开放时期，随着经济的发展，近几年的官吏实施的贿赂等职务经济犯罪非常猖狂，有必要在认定受贿行为时建立举证责任倒置制度。认定受贿行为主观方面采用举证责任倒置也符合诉讼效益，这样能很快解决受贿行为主观方面很难认定的难题，提高诉讼的效率。刑事诉讼所追求的价值是多元化的，不仅有追求公平、正义，同时还要追求效益和效率，正如贝卡里亚所说的"惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时，就越是公正和有益的"。[④]

所以笔者认为，在认定受贿罪主观方面时，可以适用过错推定原则，将举证责任倒置，这样既坚持了主客观相统一原则，又很好地解决了受贿罪主观方面很难认定的难题。当然，在受贿罪的主观方面认定采用过错推定，适用举证责任倒

---

① 参见马东晓：《也谈举证责任倒置和举证责任转换—以知识产权诉讼为例》，载 http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp? ArticleID=22230

② 参见赵秉志、黄俊平：《对严格责任制的考察——兼评最高人民法院［2003］4 号司法解释》，载赵秉志主编：《主客观相统一：刑法现代化的坐标——以奸淫幼女型强奸罪为视角》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 28—33 页。

③ 参见周密：《德国刑事法律制度的新变化》。载《中国法学》1996 年第 3 期。

④ ［意］贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 56 页。

置，是一个复杂的工程，它将会涉及实体和程序方面法律不同程度的修改，同时这也是笔者一点不成熟的想法，是否正确还需要理论和实践的检验。

## 八、结语

在一般人看来，李真案件虽然很重大，但可探讨的理论问题似乎并不多，有很多问题学界也做了大量的探讨，也很难再作出有新意的理论来。但笔者认为就李真一案来讲，仍有一些值得挖掘、并且学界也挖掘得不多的金矿。在本文里，笔者找了三个点来进行探讨。

（1）秘书身份的认定。这不是一个纯粹的刑法问题，但这一问题的解决对认定秘书犯罪的犯罪构成方面具有十分重大的理论意义，笔者认为借助于和领导的特殊关系，以及人际关系网络中的触角和脉络，李真成功地取得了原本属于领导的一部分权力，成功地分享了领导的资源优势，并不断地将关系优势转换为资源优势，从而完备了受贿罪中客观方面关于权力的要求。在理论上解决了法律上、政策上无权的秘书可以成为受贿罪主体的问题。

（2）李真受贿行为是否构成间接正犯。这一问题，在笔者的狭窄的涉猎范围内，还未见人作出讨论，可能这一问题根本就不值得讨论，但笔者不揣浅薄地提出这一问题，认为李真的受贿行为可以构成非典型的间接正犯。因为李真的受贿罪符合间接正犯的核心特点，虽然在具体形式上和典型的间接正犯有所不同，但这都不能影响其具有间接正犯的本质属性。即把一定的人作为中介实施其犯罪行为，其所利用的中介由于具有某些情节而不负刑事责任或不发生共犯关系，间接正犯对于其通过中介所实施的犯罪行为完全承担刑事责任。这种实施犯罪行为的间接性和承担刑事责任的直接性的统一就是间接正犯。

（3）受贿罪主观方面的认定。笔者认为在理论和实践中，受贿罪的主观方面受到了不应有的忽视，一个重要原因就是很难认定。而主观方面的认定又关系到罪与非罪、此罪与彼罪的认定。所以通过分析，笔者认为李真在收受或索取他人财物的时候是可能构成诈骗罪的。但如何解决难以认定的问题，笔者认为可以采用过错推定，使用举证责任倒置的方法来解决。

（撰稿人　熊正*）

* 北京市人民检察院，法学硕士。

# 附录一：

## 河北省唐山市中级人民法院刑事判决书

［2002］唐刑初字58号

公诉机关：河北省唐山市人民检察院

被告人李真，男，汉族，大专文化，1962年5月29日出生于河北省张家口市，住河北省石家庄市平安南大街省国税局宿舍5栋2单元301号。原系河北省国家税务局局长、河北省第九届人民代表大会代表（2000年11月10日被罢免）。曾任中共河北省委办公厅秘书、副主任、河北省国家税务局副局长。因涉嫌犯受贿罪，于2000年3月30日被逮捕。现羁押于天津市蓟县看守所。

辩护人：王强、冯增书，河北三和时代律师事务所律师。

河北省唐山市人民检察院以唐检刑二诉［2002］28号起诉书指控被告人李真犯受贿罪、贪污罪，于2002年5月27日向本院提起公诉。本院依照河北省高级人民法院指定管辖决定，依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。河北省唐山市人民检察院指派副检察长蔡春和，检察员张利生、汪笑松，代理检察员张红松出庭支持公诉，被告人李真及其辩护人王强、冯增书到庭参加诉讼。现已审理终结。

公诉机关指控：

### 一、受贿罪

1. 1995年10月，被告人李真在担任中共河北省委办公厅（以下简称省委办公厅）副主任期间，接受北京三威电子有限公司经理王倩倩（另案处理）请托，通过唐山市有关领导介绍将唐山百货大楼装修工程交给北京市建筑工程装饰公司承建，后王倩倩送给李真人民币15万元。

1996年8、9月，被告人李真在担任河北省国家税务局（以下简称省国税局）副局长期间，接受王倩倩请托，将省国税局北戴河培训中心工程交给王倩倩联系的海南振海有限公司承建。同年12月，王倩倩送给李真人民币75万元。

1997年9、10月，被告人李真在担任省国税局局长期间，接受王倩倩请托，

将省国税局承德培训中心工程交给海南泛华工程有限公司承建。后王倩倩送给李真人民币 140 万元及北戴河培训中心工程追加的中介费人民币 30 万元，共计人民币 170 万元。

1998 年 12 月，被告人李真在担任省国税局局长期间，接受王倩倩请托，将衡水市国税局培训中心工程交给中海工程建设总局承建。翌年 1 月份，王倩倩送给李真人民币 45 万元。

2. 1994 年初，被告人李真在担任省委办公厅秘书期间，接受秦某请托，通过河北省企业投资公司经理张铁梦为广西北海天都房地产开发公司经理魏杰借款 172 万美元。1996 年 3 月 26 日，魏杰为感谢李真，送给李真人民币 50 万元。

1996 年初，被告人李真在担任省国税局副局长期间，接受秦某、曾某某请托，将河北省税务系统税务数据采集器项目交给深圳桑利通电子有限公司。翌年 1 月，该公司经理刘振奇通过秦天送给李真人民币 100 万元，李真用该款从北京市华堂房地产开发有限公司购买住房 1 套。

3. 1994 年 12 月，被告人李真在担任省委办公厅副主任期间，张家口卷烟厂厂长李国庭（另案处理）为了得到李真在政治上的支持和帮助，在石家庄市白楼宾馆以资助李真之妻杨莉莉出国留学为由，送给李真 5 万美元。

4. 1994 年初至 1998 年下半年，被告人李真在担任省委办公厅秘书、副主任、省国税局副局长、局长期间，接受河北省政府驻京办事处主任王福友（另案处理）、商品部承包经理赵伟（另案处理）请托，通过张家口卷烟厂厂长李国庭为赵伟批出紧俏香烟批条，供赵伟进行非法倒卖从中牟利。为了感谢李真帮忙，赵伟先后送给李真人民币 60 余万元。后李真害怕罪行败露，退还赵伟人民币 22 万元。

5. 1994 年初，被告人李真在担任省委办公厅秘书期间，让秦皇岛中兴电子有限公司经理张铁桥（另案处理）为其办理一张长城信用卡供其使用，李真共用此卡消费人民币 9.954 4 万元。后李真为防止事情败露，退给张铁桥人民币 10 万元。

6. 1994 年，被告人李真在担任省委办公厅秘书期间，接受高碑店电力局局长孙长春（另案处理）请托，找保定地委有关领导，要求提拔使用孙长春。1997 年 1 月 31 日，李真在北京市赛特购物中心购买日本产按摩椅一把，价值人民币 3.98 万元，孙长春为其付款后将该椅送到石家庄市李真家中。

7. 1995 年初至 1996 年底，被告人李真在担任省委办公厅副主任、省国税局副局长期间，接受河北大野集团总裁卢鹰（另案处理）请托，通过中国农业银行河北省分行、中国银行河北省分行为卢鹰贷款人民币 2 500 万元。卢鹰送给李真

人民币 10 万元，为李真办理长城信用卡 1 张，李真用此卡消费人民币 1.944 055 万元。

8. 1995 年 11 月，被告人李真在担任省委办公厅副主任期间，接受石家庄市半边天保健品公司经理刘建忠（另案处理）、港商程慕阳请托，通过石家庄市合作银行、工商银行石家庄分行为半边天保健品公司贷款人民币 2 500 万元。后刘建忠送给李真 2 700 美元。

9. 1996 年 6 月，被告人李真在担任省国税局副局长期间，河北省政府驻沈阳办事处主任许建恩（另案处理）通过李真调入省国税局任机关党委专职副书记，1997 年调任承德市国税局局长。1998 年上半年，许建恩在承德乾阳宾馆送给李真 2 000 美元。1999 年 6 月，许建恩在德国科隆市送给李真 2 000 美元。2000 年春节，许建恩送给李真人民币 1 万元。

10. 1998 年 4、5 月份，被告人李真在担任省国税局局长期间，接受香港力龙有限公司董事长吴庆五（另案处理）请托，授意石家庄市国税局领导将该局办公楼工程交给南京市第二建筑公司石家庄市分公司承建，后吴庆五送给李真 5 万美元。

11. 1998 年，被告人李真在担任省国税局局长期间，与秦皇岛市华兴公司经理李军（另案处理）合谋，通过廊坊市国税局局长将该局培训中心工程交给河北省第三建筑工程公司第十分公司承建。后通过李军向该公司经理高俊华索要中介费人民币 50 万元。

12. 1998 年底，被告人李真在担任省国税局局长期间，接受温州市杰恒有限公司经理苏尚杰请托，将本局税务登记证制作业务交给苏尚杰承作。后李真两次向苏尚杰索要共计 9 000 美元。

13. 1999 年 6 月，被告人李真在担任省国税局局长期间，北京市科信实业公司经理李培科在首都机场送给李真 5 000 美元。后李真接受李培科请托，通过邢台市国税局局长将该局培训中心工程交给李培科联系的南京市第一建筑工程公司承建。后李真向李培科索要 4 万美元。

14. 1993 年 10 月，被告人李真在担任省委办公厅秘书期间，中国东方租赁有限公司河北省办事处主任张铁梦（另案处理）因涉嫌挪用公款犯罪被刑事拘留。经李真与吴庆五多方活动，此案被撤销。李真向张铁梦索要凌志轿车一辆，价值人民币 62 万元。

1995 年春节前一天，张铁梦以资助李真妻子杨莉莉去新加坡留学为由，送给李真 1 万美元。

1998 年上半年某日，张铁梦找李真办事，李真提出让张兑换 10 万美元。后

张铁梦将兑换好的美元送到李真家中，李真少付人民币 22.78 万元。

二、贪污罪

1. 1992 年下半年，通过被告人李真的运作，中国东方租赁有限公司河北省办事处（以下简称东租冀办）从河北省财政厅获得 500 万美元外汇额度，并以张家口卷烟厂名义贷款人民币 5 000 万元，通过调汇共获利人民币 2 000 余万元。李真为感谢吴庆五推荐自己接替其秘书职务，遂让东租冀办主任张铁梦支持吴庆五。同年 10 月底，吴庆五通过张铁梦从东租冀办为海南世通房地产开发有限公司（以下简称世通公司）借款人民币 1 000 万元；1993 年 1 月，吴庆五又从东租冀办借款人民币 1 000 万元，用于自己下海经商。后李真多次找张铁梦、吴庆五商量如何处置东租冀办获利的人民币 2 000 万元，并提出三人平均分配的方案：将世通公司的 1 000 万元借款不归还东租冀办转给吴庆五，吴庆五的 1 000 万元借款亦不归还，以顶替 500 万美元外汇额度的获利，张铁梦负责平账。同年 12 月，世通公司经理高天国将借款及利息人民币 1 180 万元汇入吴庆五指定的银行账户，后吴庆五按张铁梦的要求，向东租冀办支付利息人民币 308 万元。1994 年下半年东租冀办撤销，其债权债务划归河北省企业投资公司，张铁梦藏匿了东租冀办的账目，隐瞒了吴庆五借款人民币 2 000 万元的事实。吴庆五将该 2 000 万元人民币用于个人投资经商，并先后分给李真 15 万美元、10 万元人民币及位于北京市低压电器厂价值人民币 51.671 万元的住房 1 套。1998 年下半年，张家口卷烟厂厂长李国庭案发，李真恐事情败露，与张铁梦、吴庆五订立攻守同盟。

2. 1993 年 10 月，被告人李真与吴庆五、张铁梦共同商议占有尼瓦利斯有限公司和秦皇岛中兴电子有限公司（以下简称中兴电子公司）的股份，每人各占 25%，并转到吴庆五的香港力龙有限公司，由吴庆五代表三人共同持有这些股份。1994 年 1 月，吴庆五与张铁梦去爱尔兰都柏林办理了转让股份手续，将尼瓦利斯有限公司 50%的股权转给吴庆五，吴庆五为公司董事长。根据当时该公司净资产，50%股权为 41.581 95 万爱尔兰镑。同年 3 月，张铁梦与吴庆五签署了股份转让协议，将中兴电子公司的全部股份无偿转让给香港力龙有限公司，在没有获得批准后张铁梦又将协议改为将中兴电子公司 45%的股份转让给香港力龙有限公司，此项转让股权协议得到批准，并在秦皇岛市工商局办理了企业股东变更登记等相关手续，由吴庆五任董事长，根据当时该公司的净资产，45%的股权为人民币 571.600 012 5 万元。股权转让后，李真和吴庆五多次向张铁梦要求尼瓦利斯有限公司分红。1995 年 4、5 月间，张铁梦将尼瓦利斯有限公司的 30 万美元以货款形式汇入香港力龙有限公司，李真分得 10 万美元，吴庆五分得 20 万

美元。

公诉机关在开庭审理过程中出示、宣读了相应的物证、书证、证人证言、鉴定结论、被告人的供述，并播放了视听资料，认为被告人李真的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 385 条、第 386 条、第 388 条、第 382 条、第 383 条之规定，已分别构成受贿罪和贪污罪。提请本院依法惩处。

对于公诉机关指控的受贿事实，被告人李真在开庭审理中基本供认，但辩称：

（1）收取王倩倩人民币 290 万元是替王倩倩存在香港渣打银行。

（2）为王倩倩联系唐山百货大楼装修工程及为秦天、卢鹰、刘建忠借款，贷款并未利用本人职务便利，亦没有为他人谋取不正当利益，依据刑法第 388 条之规定，不构成受贿罪。

（3）收受苏尚杰 9 000 美元是让苏为自己兑换的，属于欠款。

（4）收受李培科 4.5 万美元，其中 4 万美元是欠款，5 000 美元属于朋友间的礼尚往来。

（5）没有利用职务便利为张铁梦谋取利益，张铁梦资助杨莉莉 1 万美元，是朋友间的礼尚往来，让张铁梦兑换美元时少付 22.78 万元人民币系欠款，并非受贿，没有向张铁梦索要凌志轿车，不是索贿。

（6）收受赵伟人民币数额不是 60 万元，而是 22 万元。

（7）孙长春为其垫付的按摩椅款已还孙，即使未还也是记忆失误形成的欠款。

（8）虽收取李国庭 5 万美元和张铁桥的信用卡，但未为其谋取任何利益。

（9）刘振奇汇给秦天近 200 万元是事实，但其未用刘振奇的钱购买住房，而且指控的房屋亦未以其名义办理产权手续。

（10）将廊坊市国税局培训中心工程交给高俊华所在公司承建时，没有与李军合谋向高俊华索要人民币 50 万元。

（11）许建恩送的 4 000 美元和 1 万元人民币系朋友间的馈赠，与许调动工作无关。

辩护人王强、冯增书提出：

（1）李真接受王倩倩请托联系唐山百货大楼装修工程，接受卢鹰请托帮其联系担保单位，接受刘建忠请托帮其从银行贷款，均未直接利用职务上的便利，也没有为请托人谋取不正当利益，不构成斡旋受贿。

（2）李真收受秦天人民币 150 万元与帮秦天办事没有关系，不是权钱交易，不具备受贿罪的客观要件。

（3）指控李真收受赵伟人民币 60 万元供证不一，从有利于被告人的原则出发应认定李真收受赵伟人民币 22 万元。

（4）李真用张铁桥办理的信用卡消费人民币 9.954 4 万元，从张铁梦处兑换美元时少付人民币 22.78 万元，从李培科处拿的 4 万美元均系借款，李培科送给李真的 5 000 美元是私人往来，不是受贿。

对于公诉机关指控东租冀办通过李真积极运作以张家口卷烟厂名义获得省财政厅调拨的500 万美元外汇额度、5 000 万元人民币贷款，调汇后共获利人民币 2 000 余万元，吴庆五和世通公司从东租冀办借款人民币 2 000 万元未归还，以及接受吴庆五、张铁梦给的 15 万美元、10 万元人民币、房屋 1 套的事实，李真在庭审中予以供认。李真还供认，与吴庆五、张铁梦参股爱尔兰尼瓦利斯有限公司，并收到张铁梦所送的 10 万美元。但辩称：

（1）世通公司和吴庆五不归还东租冀办 2 000 万元借款与其无直接关系，吴庆五给其的钱财与该 2 000 万元无关，指控其与张铁梦、吴庆五合谋贪污人民币 2 000 万元证据不足。

（2）尼瓦利斯有限公司和中兴电子公司转股手续是张铁梦、吴庆五办理的，其不知情也从未参与经营、管理，10 万美元不是分红所得，而是张铁梦在获释后出于感激所送。

（3）由于人民币 2 000 万元及尼瓦利斯有限公司和中兴电子公司股权转让的事实是其主动交代揭发的，引起吴庆五、张铁梦的不满，使得他俩作出歪曲事实的证言。

辩护人王强、冯增书提出：

（1）指控李真与张铁梦、吴庆五互相勾结，共同贪污河北省企业投资公司人民币 2 000 万元的事实不能成立。李真、吴庆五构成贪污共犯的前提是张铁梦利用职务之便贪污，而张铁梦自身并无贪污的故意和行为，故李真之行为不构成共同贪污，且其所得的财产无证据证实是贪污分赃，其行为应认定为公司、企业、事业人员滥用职权罪。

（2）指控李真伙同张铁梦、吴庆五贪污尼瓦利斯有限公司和中兴电子公司股权，证据不充分，且确认香港力龙有限公司是吴庆五个人的公司证据不足。

辩护人王强、冯增书还提出起诉书指控的大部分受贿犯罪和贪污犯罪均是李真在侦查机关不掌握的情况下主动交代和揭发的，李真在羁押期间协助司法机关破获重大杀人案件，符合自首和立功的法律规定，依法应对其从轻或减轻处罚；李真在共同贪污尼瓦利斯有限公司和中兴电子公司股权中所起的作用最小，且认罪、悔罪态度真诚，对其应酌情从轻处罚。

经审理查明：

**一、受贿犯罪事实**

（一）1993 年 10 月，被告人李真在担任省委办公厅秘书期间，东租冀办主任张铁梦因涉嫌挪用公款犯罪被司法机关采取强制措施，经李真多方活动，张铁梦于当月 14 日被解除强制措施。1994 年 2 月 22 日，为了感谢李真，张铁梦为李真购买凌志 400 型轿车支付了人民币 62 万元。1995 年春节前，张铁梦以资助李真妻子杨莉莉出国学习为名送给李真 1 万美元（折合人民币 8.431 6 万元）。1998 年上半年，李真让张铁梦为其兑换 10 万美元时，少付人民币 22.78 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 河北省政府办公厅、省委办公厅、省委组织部、国家税务总局有关文件证实：李真自 1990 年 11 月至 2000 年 4 月先后担任河北省政府办公厅秘书、省委办公厅秘书、副主任、省国税局副局长、局长。

2. 张铁梦涉嫌挪用公款案有关法律文书证实：因涉嫌挪用公款犯罪，东租冀办主任张铁梦于 1993 年 10 月 11 日被检察机关刑事拘留，10 月 14 日被解除强制措施。

3. 证人张铁梦的证言证实：其被查处时妻子杨秀荣找过李真，李真又找吴庆五一起进行活动。后李真几次对其讲，在北京活动办事需要一部车，能不能从其公司解决。出于对李真的感激，又不好拒绝，遂按李真提供的北京账号将 60 万元左右的车款打过去。1995 年初，杨莉莉出国前的一天晚上，其到李真家送去 1 万美元。大约在 1998 年，李真要其帮忙换 10 万美元，后其将 10 万美元送到李真家，李真给其 60 万元人民币，还差 20 多万元人民币。

4. 证人陈拥军（原东租冀办会计）的证言证实：1994 年 2 月 22 日，其按张铁梦的交代汇到北京市海淀区华中汽车修理站 62 万元人民币。

5. 证人秦天（解放军某部军官）、陈加华（秦天的司机）的证言证实：李真托他们花 62 万元人民币从北京海淀区华中汽车修理站老板杨军手中买了 1 部凌志 400 型轿车。

6. 证人李军（李真的情妇）的证言证实：在北京西什库住时，李真开来一辆黑色凌志 400 轿车，说是张铁梦给的。

7. 中国人民银行电汇凭证证实：1994 年 2 月 22 日，东租冀办汇到北京市海淀区华中汽车修理站货款人民币 62 万元。

8. 北京市工商银行南礼士路支行电划报单证实：北京市海淀区华中汽车修理站于 1994 年 2 月 25 日收到东租冀办货款 62 万元人民币。

9. 国家外汇管理局唐山中心支局出具的证明材料证实：1998 年人民币对美元的汇率为 1∶0.120 8，美元对人民币的汇率为 1∶8.278 1。

10. 公诉机关当庭出示的凌志 400 型轿车的物证照片，经被告人李真辨认，系张铁梦出资购买之车。

（二）1994 年初，被告人李真在担任省委办公厅秘书期间，要求中兴电子公司经理张铁桥为其办理一张个人消费信用卡，并提供了姓名“韩叙”的假身份证。1994 年 3 月 7 日，张铁桥指使公司财务人员用李真提供的假身份证，在中国银行秦皇岛开发区支行办理了一张卡号为 8073592002161009 的信用卡。李真用此卡共消费人民币 9.954 4 万元。1999 年 3 月，李真得知纪检部门调查此卡，委托李军将信用卡退还给张铁桥。后怕事情败露于同年 8 月退给张铁桥人民币 10 万元，并让张将还款时间改写到与退还信用卡相同的日期。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人张铁桥的证言证实：1994 年李真在石家庄对其讲，现在招待人用现金不方便，不如用卡方便。后来其在秦皇岛办了一个长城卡交给李真。李真用此卡花了 9 万元左右。1999 年 8 月李真在石家庄对其说，现在风声较紧，还了 10.5 万元，让给打了一张收条，时间提前到 1999 年 3 月 25 日。

2. 证人李军（李真的情妇）的证言证实：1999 年 3 月，李真在石家庄给其一张卡，让其回秦皇岛交给张铁桥。后因听说中纪委正在调查此卡，李真把卡和钱退还给张，并让张打了收条。

3. 证人张铁梦（张铁桥之兄）的证言证实：听张铁桥说，有一次李真陪省领导到中兴电子公司视察，李真提出要办一张卡，他推托不了就给李办了。

4. 证人刘建（中兴电子公司会计）的证言证实：根据张铁桥的指示，其给“韩叙”的长城卡上打过五六次钱。这张卡大概消费 10 万元左右，1999 年 7、8 月份还的钱。

5. 中国银行秦皇岛分行人民币长城卡担保书证实：1994 年 3 月 7 日，中兴电子公司张铁桥担保为“韩叙”办理了长城信用卡，卡号为 8073592002161009。

6. 中兴电子公司财务账证实：“韩叙”用卡号为 8073592002161009的长城信用卡消费共计人民币 9.954 4 万元。1999 年 3 月、8 月，“韩叙”先后归还了此卡及人民币 10 万元。

（三）1994 年 12 月，被告人李真在担任省委办公厅秘书、副主任期间，张家口卷烟厂厂长李国庭为了通过李真取得有关领导在政治上的信任和支持，在石家庄市白楼宾馆以资助李真之妻杨莉莉出国留学为由，送给李真 5 万美元（折合人民币 42.223 万元）。李真于 1999 年初将此款存入香港渣打银行。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人李国庭的证言证实：其以资助李真妻子出国留学为名，在石家庄白楼宾馆送给李真 5 万美元，表面上把钱给杨莉莉，实际上是给的李真。希望李在各级领导面前多说好话，无论对其个人还是对张家口卷烟厂都有好处。

2. 证人杨莉莉的证言证实：其去新加坡留学的前一天晚上，与李真到白楼宾馆看望李国庭，李国庭给了 5 万美元。

3. 证人杨泽文（李国庭的司机）的证言证实：1994 年 12 月，其开车拉着李国庭到石家庄住在了白楼宾馆。

（四）1994 年初，李真利用担任省委办公厅秘书的职务便利，接受秦天请托，通过东租冀办主任张铁梦为广西北海天都房地产开发公司（以下简称天都公司）借款 172 万美元。1996 年 3 月 26 日，秦天按李真的要求让天都公司经理魏杰将人民币 50 万元汇入北京三威电子有限公司（以下简称三威公司）账户，作为对李真帮助借款的酬谢。1999 年初，李真将此款存入香港渣打银行。

1996 年初，李真利用担任河北省国税局（以下简称省国税局）副局长的职务便利，接受秦天请托，将河北省税务系统人民币 1 800 万元的税务数据采集器项目交给深圳桑利通电子有限公司（以下简称桑利通公司）承作。为赞助秦天拍电视剧和感谢李真，桑利通公司经理刘振奇于 1997 年 1 月 15 日、30 日给秦天指定的天津市开发区新天地投资开发有限公司（以下简称新天地公司）账户共汇入人民币 199.5 万元。1997 年 9 月 22 日，李真在北京华堂房地产开发有限公司（以下简称华堂公司）开发的阳明广场购买了住房 1 套，让秦天从桑利通公司汇款中支付购房款 100 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人秦天的证言证实：通过李真在张铁梦的公司借款 170 余万美元为内弟魏杰承揽工程做保证金，为感谢李真，按李真要求让魏将 50 万元人民币汇到三威公司；还通过李真为刘振奇推销录入器，刘为感谢其和李真的帮忙，给其指定账户汇入 190 多万元人民币。一天与李真、曹国俊一起吃饭时，李真对曹讲，在你公司买套住房，让其付给曹 100 万元房款，其就从新天地公司提出人民币 100 万元汇给了曹国俊。

2. 证人张铁梦的证言证实：秦天通过李真向其借款 172 万美元用于广西房地产项目，几个月后秦天把这笔款还上了。

3. 证人魏杰的证言证实：通过秦天筹借保证金 172 万美元，后按秦天给的账号汇给三威公司人民币 50 万元。

4. 证人王倩倩（三威公司经理）的证言证实：1996 年 3 月 26 日天都公司给

三威公司账户汇入50万元人民币，后李真把款取走。

5. 东租冀办的银行账目证实：1994年4月7日，东租冀办汇到天都公司账户172万美元。

6. 天都公司银行账目证实：1996年3月26日，天都公司汇到三威公司账户人民币50万元。

7. 证人刘振奇的证言证实：通过秦天找李真承作了税务采集器业务，后从公司拿出不到人民币200万元打到秦天提供的新天地公司账户，用于秦天拍电视剧及酬谢李真。

8. 证人曹国俊（华堂公司经理）的证言证实：李真以人民币100万元购买了华堂公司开发的阳明广场住房一套，并交给其人民币10万元装修该房屋。

9. 证人李建民（新天地公司经理）的证言证实：秦天让把桑利通公司汇来款中的人民币100万元打给曹国俊。

10. 证人郑庆和、郑及红（省国税局工作人员）的证言证实：省国税局实行税收征管电算化，税务采集器的项目由李真负责。

11. 新天地公司的财务账目证实：1997年9月22日，新天地公司汇到华堂公司人民币100万元。

12. 华堂公司出具的证明证实：1997年9月，李真从华堂公司购买住房一套（阳明国际公寓A座19E），尚未办理房产交易手续。

（五）1994年至1997年，被告人李真在担任省委办公厅秘书、副主任、省国税局副局长、局长期间，接受河北省人民政府驻北京办事处（以下简称驻京办）主任王福友、驻京办商品部（即北京河北迎宾馆）承包经理赵伟请托，通过张家口卷烟厂厂长李国庭办理购买该厂紧俏香烟批条61份。赵伟利用李真交给的上述批条先后从张家口卷烟厂购买各种香烟9 628箱，总价值人民币2 508.16万元，非法销售，从中牟利。为了感谢李真，赵伟先后送给李真人民币共计60万元。李真将此款存入香港渣打银行。后因李国庭案发，李真恐事情败露，与赵伟、王福友订立攻守同盟，并通过程慕阳退还驻京办人民币22万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人赵伟的证言证实：1994年承包驻京办商品部后，通过李真帮忙得到了李国庭的批条，所批的烟卖给了烟贩子。自1994年下半年至1997年底，先后12次送给李真共计人民币60万元。2000年初，李真怕事情败露，给驻京办退还22万元。

2. 证人王福友的证言证实：其曾托李真找张家口卷烟厂厂长李国庭给赵伟批过烟。2000年初，李真对其和赵伟说，倒烟的事与他没关系，把赵伟给的20

多万元钱退给驻京办。过了几天，程慕阳将李真还的 22 万元人民币交给了驻京办。

3. 证人李国庭的证言证实：李真让其帮驻京办批些烟，其答应后给河北驻京办批过几十次烟。

4. 证人杨莉莉的证言证实：在驻京办住时曾看到二三次赵伟拿着信，让李真找李国庭批烟，还看到李真找赵伟要信，说找老爷子（指李国庭）批烟去。有两次赵伟到其家走后，其问李真赵伟来干什么，李真说送点钱。

5. 证人张燕韫的证言证实：其丈夫赵伟通过王福友和李真弄到批烟的条子，然后转手倒卖，赚的钱给李真、王福友分红。有几次赵伟去石家庄找李真拿批条时就把钱给李真带过去了。

6. 证人宋国起（张家口卷烟厂职工）的证言证实：赵伟从 1994 年开始从该烟厂批烟，直到 1997 年底，每次都有厂长李国庭的批条。

7. 被告人李真给李国庭的亲笔信证实：李真要求张家口卷烟厂厂长李国庭为赵伟办理购买紧俏香烟批条。

8. 张家口卷烟厂厂长李国庭的批条证实：李国庭先后为河北省驻京办赵伟办理香烟批条 61 份。

9. 张家口卷烟厂的卷烟销售记录证实：张家口卷烟厂先后销售给驻京办“山海关”牌等香烟 9 628 箱，总价值人民币 2 508.164 37 万元。

10. 北京河北迎宾馆企业法人营业执照和北京市东城区烟草专卖局烟草专卖零售许可证证实：北京河北迎宾馆无权经营香烟批发业务。

（六）1994 年，被告人李真在担任省委办公厅秘书期间，接受河北省保定市高碑店电力局局长孙长春请托，多次要求保定地委有关领导对孙提拔使用。1997 年 1 月 31 日，李真与妻子杨莉莉在北京市赛特购物中心看好了一把日本产按摩椅，价值人民币 3.98 万元。李真打电话将孙长春叫到赛特购物中心，孙长春付款购买了按摩椅并送至李真家。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人孙长春的证言证实：1997 年春节前的一天，李真打电话说在北京赛特购物中心看中一把按摩椅，让其去一趟。其与司机到北京赛特购物中心付完款后开车将按摩椅送到石家庄李真家中。后来听说李真要出事，其对亲戚李建国说如果有人问起椅子的事，就说李真给钱了，实际上李真没有给钱。

2. 证人李建国（河北省卫生厅副厅长）的证言证实：孙把椅子给李真送去后，其在李真家没看到李真给孙椅子钱。李真被“双规”后，孙长春打电话对其讲，如果有人问按摩椅的事，就说李真让其将钱转交给孙长春了。

3. 证人李福华、李燕强（均系孙长春司机）的证言证实：孙长春在北京赛特购物中心花三四万元买一把日产按摩椅，他们开车和孙长春把按摩椅送到省国税局长李真家。

4. 证人杨莉莉的证言证实：李真在北京赛特购物中心看中一把价值约 4 万元的按摩椅，打电话让孙长春过来付款。孙长春购买椅子后送至李真书房，李真没给孙长春椅子钱。

5. 证人赵文鹤（原保定地委副书记）的证言证实：1994 年李真对其讲孙长春这人不错，应该提拔使用。1995 年 8、9 月间，地市合并，在研究人事安排时其同意对孙提拔使用。后孙长春被任命为涞水县副县长。

6. 北京赛特购物中心销售发票证实：日本产按摩椅的价值为 3.98 万元，购货日期 1997 年 1 月 31 日。

（七）1995 年 10 月，被告人李真在担任省委办公厅副主任期间，通过唐山市有关领导将唐山百货大楼条式楼标的为人民币 1 080 万元的 C 段装修工程（以下简称百货大楼工程）介绍给王倩倩联系的北京市建筑工程装饰公司（以下简称北京装饰公司）承建。竣工后，王倩倩送给李真人民币 15 万元。

1996 年 8、9 月间，被告人李真在担任省国税局副局长期间，将省国税局北戴河培训中心工程（以下简称北戴河工程）交给王倩倩联系的中铁 12 局集团海南振海有限公司（以下简称振海公司）承建，工程预算人民币 3 500 万元。李真与王倩倩商定按工程造价的 6%提取中介费后均分。1996 年 12 月，王倩倩从振海公司提取人民币 170 万元，送给李真 75 万元。

1997 年 9、10 月，被告人李真在担任省国税局局长期间，将省国税局承德培训中心工程（以下简称承德工程）以议标的形式介绍给王倩倩联系的海南泛华工程有限公司（以下简称泛华公司）承建，工程预算人民币 3 000 万元。后王倩倩按工程预算的 5%从泛华公司提取中介费人民币 150 万元，送给李真人民币 140 万元。此外，王倩倩又将从该工程中提取的北戴河工程追加投资的中介费人民币 30 万元送给李真。

1998 年 12 月，被告人李真在担任省国税局局长期间，通过河北省衡水市国税局局长郭富林，将衡水市国税局培训中心工程（以下简称衡水工程）介绍给王倩倩联系的中海工程建设总局（以下简称中海总局）承建，工程预算人民币 1 500万元。1999 年 1 月，王倩倩将中介费人民币 45 万元送给李真。

综上，李真共收受王倩倩人民币 305 万元，将其中 15 万元存入新加坡银行，290 万元存入香港渣打银行。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人王倩倩的证言证实：受朋友之托，通过李真帮忙将百货大楼工程、北戴河工程、承德工程、衡水工程交给北京装饰公司、振海公司、泛华公司、中海总局承建。按事先与李真的商定提取中介费，先后送给李真共计人民币 305 万元。

2. 证人谭杰（北京装饰公司工程部经理）的证言证实：通过王倩倩的帮助，该公司参加了百货大楼工程的投标并中标，后按王倩倩的要求给王倩倩送了人民币 15 万元现金。

3. 证人解仁义（唐山百货大楼集团有限公司董事长）的证言证实：在发包唐山百货大楼装修工程过程中，市领导对其讲，在同等条件下，照顾一下北京的杨东蓉（即王倩倩之妻），后通过招标把 C 段工程交给了王倩倩联系的北京装饰公司，工程造价人民币 1 000 多万元。

4. 证人郑庆和（原省国税局局长）的证言证实：1996 年夏季，省国税局召开局长办公会，决定在北戴河建培训中心，由副局长李真主管。关于使用哪个施工单位，局长办公会没有研究过，都是李真一手操办的。

5. 证人梁晓东（原省国税局基建办主任）的证言证实：1996 年 11 月，李真对其讲中铁 12 局（指振海公司，下同）想干北戴河工程，其按李真的要求起草了将工程交给中铁 12 局承建的合同。1998 年 5 月，省国税局派其到承德筹建培训中心，协助李永光工作，承德工程以议标的形式交由泛华公司承建。

6. 证人李永光（省国税局生活服务中心副主任）的证言证实：1998 年 4 月，李真对其讲想在承德建一个培训中心，让其负责施工工作，并讲黄廉奎那个施工队工程质量不错，用那个施工队。

7. 证人黄廉奎（泛华公司副总经理）的证言证实：其请王倩倩帮忙，通过李真以议标的形式承建了承德工程，王倩倩与其商谈了中介费事宜。1998 年 6 月至 1999 年春节前，其两次汇给王倩倩的三威公司 130 万元人民币，后又在北京两次给王现金共计 20 万元人民币。

8. 证人任小平（中海总局项目部经理）的证言证实：其请王倩倩帮忙，通过李真以议标形式承建了衡水工程。王倩倩提出要中介费，因工程未结算至今未给。

9. 证人郭富林的证言证实：李真讲衡水工程省局投资 800 万元，施工队由省局派，工程以议标形式交给了中海总局。

10. 唐山百货大楼 C 段装修施工合同、北戴河工程、承德工程及衡水工程建设合同和工程预算、审计等文件证实：百货大楼工程由北京装饰公司承建，标的 1 080 万元；北戴河工程由振海公司承建，标的3 500万元；承德工程由泛华公司

承建，标的 3 000 万元；衡水工程由中海总局承建，标的 1 500 万元。

11. 中国工商银行汇票、三威公司的进账单证实：1996 年 12 月 23 日振海公司汇给三威公司人民币 170 万元。

12. 中国银行汇票、三威公司的进账单及泛华公司出具的证明证实：泛华公司于 1998 年 6 月 17 日、1999 年 2 月 10 日先后汇给三威公司人民币 130 万元。

（八）1995 年 4 月，被告人李真在担任省委办公厅副主任期间，让河北大野集团总裁卢鹰为其办理了一张长城信用卡，并用此卡消费了人民币 1.944 055 万元。同年 12 月，李真接受卢鹰的请托，让河北省石家庄市国棉二厂为大野集团在中国银行河北省分行办理承兑汇票提供了担保。1996 年 2 月 13 日，李真收受卢鹰人民币 10 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人卢鹰的证言证实：1995 年 4 月初，李真让其给办一张长城卡，其用李真提供的“韩叙”的身份证为李办了一张长城卡。1996 年春节前到李真家，给了李真人民币 10 万元。后通过李真让石家庄市国棉二厂为大野集团在中国银行河北省分行办理 1 000 万元承兑汇票时提供了担保。

2. 证人高秀兰（原国棉二厂厂长）的证言证实：1995 年底，李真让其为大野集团在中国银行河北省分行办理 1 000 万元承兑汇票提供了担保。

3. 中国银行河北省分行银行承兑汇票、银行承兑契约证实：1995 年 12 月 1 日，河北大野集团在中国银行河北省分行办理 1 000 万元承兑汇票，由国棉二厂担保。

4. 证人敬晓榕、郑梅芳（均系大野集团工作人员）的证言证实：卢鹰让他们在福州市以“韩叙”的名义办过一张长城信用卡。

5. 中国银行福建省分行人民币长城信用卡申请表以及该行财务账目证实：1995 年 5 月 15 日，大野集团下属的中华工商时报南方实业发展总公司以“韩叙”的名义办理了一张长城信用卡，“韩叙”用此卡共消费人民币 1.944 055 万元。

6. 证人黄润琼（卢鹰家庭保姆）的证言证实：1996 年 4 月 13 日晚，卢鹰从保险柜里拿出 10 万元钱说要送给李真。

（九）1995 年 11 月，被告人李真在担任省委办公厅副主任期间，接受石家庄市半边天保健品公司（以下简称半边天公司）经理刘建忠和港商程慕阳请托，召集石家庄市政府及省、市银行有关领导到半边天筹建处商议解决该公司的贷款问题。在李真的多次协调下，半边天公司于 1996 年 11 月 25 日从石家庄市城市合作银行贷款人民币 1 000 万元，12 月 24 日从中国工商银行石家庄市分行贷款人民币 1 000 万元。1997 年初，李真出国考察前，刘建忠送给李真 2 700 美元

（折合人民币2.238 8万元）。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人刘建忠的证言证实：为解决筹建百贝佳中草药牙膏项目的资金，其和程慕阳要求李真帮忙。经李真与石家庄市和银行有关领导协调，石家庄合作银行和工商银行先后给其公司解决了贷款。1997 年李真赴美国考察前，其在驻京办送给李真二千七八百美元。

2. 证人张二辰（原石家庄市市长）、李宏英（原石家庄市副市长）的证言证实：1995 年 11 月，李真为刘建忠的牙膏项目，找他们出面协调贷款并让支持该项目。

3. 证人张晓明、姚维平、臧志雄、靳学斌（均系工商银行石家庄分行工作人员）的证言证实：1995 年 11 月，为帮助刘建忠的牙膏项目筹集资金，李真将他们和石家庄市城市合作银行的有关人员召集在一起，让两家银行为刘建忠的保健品公司提供贷款。

4. 石家庄市城市合作银行、工商银行石家庄分行的贷款合同证实：1996 年 11 月 25 日、12 月 24 日两家银行共贷给半边天公司人民币 2 000 万元。

（十）1996 年 6 月至 1999 年 6 月，被告人李真在担任省国税局副局长、局长期间，将河北省政府驻沈阳办事处主任许建恩调入省国税局，后又将其调任承德市国税局局长和邯郸市国税局局长。1998 年上半年，李真到承德市检查税务工作时，许建恩送给李真 2 000 美元（折合人民币 1.655 6 万元）。1999 年 6 月，许建恩随李真到西欧考察时，在德国科隆市送给李真 2 000 美元（折合人民币 1.655 56 万元）。2000 年春节期间，许建恩在李真家以给李真儿子压岁钱的名义，送给李真人民币1 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人许建恩的证言证实：1996 年 7 月，李真将其调入省国税局任机关党委专职副书记。1998 年四五月间，听说李真要出国考察，在李真来承德时送给李真 2 000 美元。1999 年 6 月，其随李真赴西欧考察，在德国科隆市送给李真 2 000美元。2000 年春节前的一天晚上，其在李真家以给孩子压岁钱为名，将 1 万元人民币塞到李真儿子手中。

2. 证人魏翔（承德市国税局副局长）的证言证实：许建恩说，李真要出国，给李送点外汇，其在中国银行换了 2 000 美元交给了许建恩。

3. 证人靳兴忠（原邯郸市国税局副局长）的证言证实：2000 年春节前，许建恩从石家庄开会回来后告诉其给李真 5 000 元或 1 万元人民币。

4. 证人曹志民（李真家服务员）的证言证实：2000 年春节前的一天晚上，

许建恩去李真家，临走时塞给李真儿子一个信封，说是压岁钱。

5. 证人郑庆和（原省国税局局长）的证言证实：李真建议将许建恩调入省国税局工作，当时考虑到李真在河北的地位就同意了这个建议。

（十一）1998年四五月间，被告人李真在担任省国税局局长期间，接受港商吴庆五请托，授意石家庄市国税局局长许建斌、主管工程的副局长王福成以招标的形式将石家庄市国税局办公楼工程（以下简称石家庄工程）交给南京市第二建筑公司石家庄分公司（以下简称南京二建）承建。1998年6月25日，石家庄市国税局与南京二建签订了建设工程施工合同。李真告诉吴庆五，与妻子杨莉莉离婚后急需用钱。同年12月，吴庆五向南京二建索要工程中介费人民币40万元，兑换成5万美元（折合人民币41.390 7万元）交给李真。1999年初，李真将此款存入香港渣打银行。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人吴庆五的证言证实：经其请托，李真帮助南京二建承建了石家庄工程。后李真让其向南京二建要100万元，先给他50万元。其向南京二建经理王建新索要了50万元人民币，兑换成5万美元交给李真。

2. 证人许建斌、王福成的证言证实：石家庄工程已基本确定施工单位后，李真讲该工程叫南京二建干，他们顶不住只能照李真讲的办。

3. 证人王建新的证言证实：南京二建中标后，吴庆五说承接工程时李真帮了忙，让公司拿人民币40万元给李真。后其将钱交给了吴庆五。

4. 石家庄工程招投标文件及施工合同证实：石家庄工程由南京二建承建。

5. 南京二建记账凭证证实：1998年12月16日，南京二建支出40万元人民币。

（十二）1998年，被告人李真在担任省国税局局长期间，与秦皇岛市华兴公司经理李军（李真的情妇）合谋，将河北省廊坊市国税局培训中心工程（以下简称廊坊工程）交给河北省第三建筑公司第十分公司（以下简称省三建十公司）承建，由李军向省三建十公司索要工程造价5%的中介费。1999年4月初，李真急于将国内的赃款转移到香港，指使李军向省三建十公司经理高俊华索要工程中介费人民币50万元，并允诺保证省三建十公司中标。随后，李军让外甥女杜娟到高俊华的办公室取回该款，李真收到李军交来的款后存入香港渣打银行。1999年7月26日，廊坊市国税局局长梁传刚在李真的授意下，将廊坊工程交给省三建十公司承建。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人高俊华的证言证实：经李军介绍，通过李真帮忙省三建十公司承建

了廊坊工程。招标前，李军让杜娟从其处取走50万元现金。

2. 证人李军的证言证实：李真与其商量将廊坊工程交给省三建十公司承建，并商量要好处费。后其按李真的要求从高俊华处要了50万元，由其外甥女杜娟取回，其将此款带到北京交给了李真。

3. 证人杜娟的证言证实：李军让其从高俊华处拿回50万元。

4. 证人梁传刚（廊坊市国税局局长）、王万卿（廊坊市国税局副局长）的证言证实：按照李真的要求将廊坊工程交由省三建十公司承建。

5. 廊坊工程招投标文件及施工合同证实：廊坊工程由省三建十公司承建。

（十三）1998年底，被告人李真在担任省国税局局长期间，接受温州市杰恒有限公司（以下简称杰恒公司）经理苏尚杰请托，指使省国税局征管处将本局税务登记证制作项目交给杰恒公司承作。事后，李真以急需用钱为由，先后两次共向苏尚杰索要9 000美元（折合人民币7.450 2万元）。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人苏尚杰的证言证实：杰恒公司通过李真承揽了省国税局税务登记证制作项目后，按照李真的要求，先后两次共兑换9 000美元交给了李真。

2. 证人张平信（省国税局征管处处长）的证言证实：按照李真的要求将省国税局税务登记证制作项目交给了杰恒公司。

3. 省国税局税务登记证制作合同证实：省国税局1999年税务登记证由杰恒公司制作。

4. 被告人李真在侦查期间供述：1998年底，苏尚杰来联系税务登记证业务，其将征管处处长张平信叫来，让张平信将税务登记证业务交苏尚杰做。去欧洲之前，朋友聚会时碰见苏尚杰，其让苏换几千美元出国用。过了一两天，苏尚杰送来5 000美元。1999年底，因急需4 000美元用于还账，打电话给苏尚杰，要苏送到石家庄。过了几天，苏尚杰将4 000美元送到办公室。

（十四）1999年9月，被告人李真在担任省国税局局长期间，接受北京市科信实业公司（以下简称科信公司）经理李培科的请托，指使河北省邢台市国税局局长李兆昌将邢台市国税局培训中心工程（以下简称邢台工程）交给南京市第一建筑工程公司（以下简称南京一建）承建。后李真以急需用钱为由，向李培科索要4万美元（折合人民币33.112 5万元）。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人李培科的证言证实：通过李真将邢台工程交给其介绍的南京一建。1999年冬，李真让其筹集4万美元，其借了4万美元按李真的要求交给李军。

2. 证人李兆昌、张好禄（邢台市国税局纪检组长）的证言证实：经李真推

荐，他们将邢台工程交给南京一建承建。

3. 证人邵军（原南京一建副总经理）、王建明（南京一建北京分公司第五工程处经理）的证言证实：李培科帮他们承揽了邢台工程后，他们答应给李培科5%的净利润。

4. 证人李军的证言证实：李真让李培科兑换美金，后其从李培科处拿走3万或4万美元交给了李真。

5. 邢台工程施工合同证实：邢台工程由南京一建承建。

综上，被告人李真利用职务上的便利，非法收受或者索取他人人民币676.658 4万元、16.57万美元，共计人民币814.816 4万元。

## 二、贪污犯罪事实

（一）1992年8月，被告人李真在担任河北省政府办公厅秘书期间，得知河北省财政厅有500万美元的外汇额度，便通过张家口卷烟厂从河北省财政厅申请到该外汇额度，让东租冀办以张家口卷烟厂代理商的名义办理此事。为解决调汇资金，同年9月18日，时任东租冀办副主任的张铁梦以东租冀办的名义，给省政府写报告申请贷款人民币6 000万元。李真将报告呈送省政府领导批准后，打电话催促中国人民银行河北省分行行长许国峰尽快办理。许国峰将报告批给河北省证券公司，并将贷款方调整为张家口卷烟厂，贷款金额限定为人民币5 000万元。张家口卷烟厂以短期融资债券的形式从河北省证券公司贷款人民币5 000万元后，经李真协调，5 000万元贷款直接汇入东租冀办的银行账户。同年10月5日、12月21日，东租冀办分别以人民币1 378.5万元和1 616.15万元共调31 500万美元，按照当时国家的外汇牌价与市场价格的价差，可获利人民币2 000万元。1992年10月26日、1993年1月28日，即将下海经商的吴庆五通过张铁梦从东租冀办为世通公司和其个人各借款人民币1 000万元。

1993年5、6月间，被告人李真多次与张铁梦、吴庆五商议均分通过调汇获利的人民币2 000万元。同年7、8月份，三人在北京市新大都饭店密谋以合法方式将该款从东租冀办转出私分。同年10月，张铁梦因涉嫌挪用公款犯罪被刑事拘留，经过李真和吴庆五多方活动被解除强制措施后，三人商定，世通公司从东租冀办借的人民币1 000万元不再归还东租冀办转给吴庆五，吴庆五从东租冀办借的人民币1 000万元亦不再归还，以顶替东租冀办用500万美元外汇额度调汇获利的2 000万元人民币，并由张铁梦负责销毁借款合同和作平账目。随后，吴庆五在张铁梦提供的东租冀办空白便笺纸上书写了让世通公司转款的指令函。世通公司按照吴庆五的要求于1993年12月20日、23日，将借款人民币1 000

万元和利息 180 万元汇入北京环京商贸公司账户。为了平账，吴庆五按照张铁梦的要求以支付借款利息的名义将人民币 308 万元汇入东租冀办账户。1994 年 6 月东租冀办撤销，张铁梦藏匿账目，隐瞒了吴庆五和世通公司向东租冀办借款人民币 2 000 万元的事实，并告诉了李真。吴庆五将实际占有的 1 872 万元人民币用于投资经商。事后，李真分得 15 万美元（折合人民币 125.214 4 万元）、10 万元人民币和价值人民币 51.671 万元的位于北京市低压电器厂宿舍楼的房屋 1 套。1998 年下半年，李国庭案发，李真、吴庆五、张铁梦害怕事情败露，商量对策，订立攻守同盟。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人张铁梦的证言证实：李真帮东租冀办搞到了 500 万美元外汇额度和 5 000万元人民币贷款后，东租冀办分别借给吴庆五、世通公司各 1 000 万元人民币。1993 年六七月份，李真多次对其讲，吴庆五已下海经商，500 万美元外汇额度的获利款，咱们三人“三一三十一”分了。1993 年 10 月份，其被解除强制措施并恢复职务后，李真又讲吴庆五和高天国借的款不再归还东租冀办，用来顶替外汇额度获利款。其提出为了平账，本金可以不还，利息要还。后吴庆五用其提供的东租冀办空白介绍信让高天国将 1 000 万元借款转到吴庆五名下，吴庆五还给东租冀办 300 多万元的利息。1994 年下半年，其对李真讲，账都处理好了。1995 年之前，其拿走了东租冀办的账目。1998 年省纪委开始调查李国庭案，李真怕罪行败露，其与吴庆五商量把 2 000 万元说成借款没还。

2. 证人吴庆五的证言证实：1992 年 9 月下旬，李真对其讲，帮助张铁梦得到了 500 万美元外汇额度和人民币 5 000 万元贷款，要张铁梦支持其下海经商。1993 年 5 月，李真又讲张铁梦答应将 500 万美元外汇额度赚的钱分给其和李真 2 000万元。8、9 月份，其与李真、张铁梦在北京新大都饭店商量转款。10 月，张铁梦被立案查处，其和李真通过找关系，将张铁梦释放出来后，李真对其讲，已和张铁梦说好，高天国从东租冀办借的人民币 1 000 万元不再归还东租冀办，以顶替给咱们的 2 000 万元中的 1 000 万元；其从东租冀办借的人民币 1 000 万元亦不再归还。张铁梦对其讲，同意李真的要求，但最好付一部分利息。这样，其打电话让高天国把 1 000 万元借款汇到环京商贸公司的账户。1994 年 6 月，其按张铁梦的要求汇给东租冀办 300 多万元的利息。1998 年下半年，李国庭案发，其担心会出问题，打电话与张铁梦商量，补办借款协议。

3. 证人李国庭的证言证实：1992 年，其向李真提出为张家口卷烟厂搞些外汇。9 月，其按照李真的要求将向省政府申请 500 万美元外汇额度的报告交给李真，事后没结果。后来李真对其讲，张铁梦可以帮张家口卷烟厂贷款 5 000 万

元，直接划到东租冀办的账户，其答应了。

4. 证人阎存增（原河北省财政厅副厅长）的证言证实：1992 年，省财政厅从财政部争取到了 500 万美元的外汇额度，李真让其将外汇额度支持给张家口卷烟厂。省政府批准后，李真又说让东租冀办主任张铁梦代理张家口卷烟厂办理此事，其就让外经处将 1 500 万美元的外汇额度办理到东租冀办。

5. 证人许国峰的证言证实：1992 年 9 月，其接到省政府领导批示的东租冀办要求为张家口卷烟厂解决资金的报告后，经李真电话催办，其将贷款单位由东租冀办改为张家口卷烟厂，由省证券公司以融资券的形式给张家口卷烟厂融资 5 000万元。

6. 证人高天国的证言证实：1992 年通过吴庆五从东租冀办借款1 000万元。1993 年底，按吴庆五的要求将 1 000 万元借款和利息 180 万元打到了北京环京商贸公司的账户。

7. 证人蔡风华（原东租冀办会计）的证言证实：1992 年 10 月 26 日和 1993 年 1 月 28 日，张铁梦让其两次汇给世通公司人民币 2 000 万元。

8. 证人支宁军（原东租冀办会计）、陈拥军（原东租冀办财务部副经理）的证言证实：1994 年他们二人将东租冀办的财务账簿交给了张铁梦，后来，账簿不知什么原因没有了。

9. 证人郑荫远（河北省政府副秘书长）、白战军（河北省政府办公厅贸易处处长）、安素坦（河北省经贸委干部）的证言证实：经调查东租冀办的财务账簿下落不明。

10. 证人徐士实（北京环京商贸公司工作人员）的证言证实：1994 年 6 月底，吴庆五让其汇给东租冀办人民币 308 万元。

11. 证人李军（李真的情妇）的证言证实：1996 年初，李真讲北京西什库的住房是吴庆五送的。在居住期间，交水电费都是写李真母亲杨淑贤的名字。后李真说中纪委在查他，要其把所有“杨淑贤”的名字都改成“李军”。

12. 《东租冀办企业档案》、《东方租赁有限公司与河北省人民政府生产办公室来往函》证实：1985 年 12 月东租冀办成立，张铁梦先后受河北省经委、河北省政府生产办公室委派专门负责东租冀办工作。

13. 河北省证券公司代理发行短期融资券协议证实：张家口卷烟厂经河北省人民银行批准发行短期融资券人民币 5 000 万元。

14. 河北省财政厅转账凭证、卖出外币证明书、东租冀办记账凭证等证实：1992 年 10 月 5 日、12 月 21 日，东租冀办两次从河北省财政厅购买外汇额度 500 万美元。

15. 银行进账单、票汇委托书及世通公司记账凭证证实：1992 年 10 月 28 日、1993 年 2 月 6 日，世通公司收到东租冀办汇来的人民币2 000万元，并将后收到的 1 000 万元转汇到北京河北饭店商务中心。

16. 世通公司付款委托书、银行转账支票、票汇委托书、世通公司记账凭证证实：1993 年 12 月 20 日、23 日，世通公司付给北京环京商贸公司人民币 1 180 万元。

17. 北京低压电器厂家委会登记表证实：位于该厂的 19 楼 1 门 403 室户主栏有杨淑贤和李军的名字。

18. 河北省涉案物品价格鉴定中心鉴定书证实：位于北京低压电器厂宿舍楼 19 楼 1 门 403 室房产市场价格为 51.671 万元。

被告人李真的供述，与上述证人证言、书证、鉴定结论等证据能够相互印证，已经形成了完整的证据链。

（二）1992 年 11 月，由东租冀办出资 250 万美元，以河北中兴渤海实业开发总公司与美国大唐工业有限公司（以下简称大唐公司）、德国豪斯曼公司的名义注册设立了中外合资经营企业中兴电子公司。1993 年 4 月，德国豪斯曼公司将其持有的股份转让给大唐公司。股权变更后，河北中兴渤海实业开发总公司持股 55％、大唐公司持股 4.5％，张铁梦任董事长兼总经理。

1993 年底，被告人李真与吴庆五、张铁梦商议三人均分中兴电子公司股份，并将股份转入吴庆五注册的香港力龙有限公司，由吴庆五代表三人持有。1994 年 3 月，张铁梦与吴庆五在秦皇岛市签署了将中兴电子公司全部股份无偿转让给香港力龙有限公司的协议。因河北省经贸委未批准该协议，张铁梦又将协议内容改为将大唐公司持有的股份无偿转让给香港力龙有限公司，并授意张铁桥伪造了中兴电子公司第三届第二次董事会决议，修改了股份转让协议和企业章程、合同。1994 年 12 月，张铁梦将大唐公司在中兴电子公司持有的价值人民币 571.600 012 万元股份全部无偿转让给香港力龙有限公司，并办理了相关的股份转让和股东变更手续，吴庆五任董事长，张铁桥任副董事长。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人张铁梦的证言证实：1993 年 10 月份，其与李真、吴庆五商定将中兴电子公司的股份转给吴庆五，让吴庆五代表三人持有股份。1994 年下半年，其把中兴电子公司中大唐公司的股份转到了香港力龙有限公司的名下，办理了有关手续。

2. 证人张铁桥的证言证实：1994 年张铁梦让其起草了将大唐公司在中兴电子公司的股份全部转让给香港力龙有限公司的相关材料。

3. 证人吴庆五的证言证实：1992年7、8月份，其在香港注册了香港力龙有限公司。1994年九十月份，按照三人商定与张铁梦签署了股份转股协议，将中兴电子公司中大唐公司持有的股份转让给香港力龙有限公司，其任董事长。

4. 证人李涵葵、高扬隽（原中兴电子公司董事）的证言证实：未参加过关于大唐公司将股份转让给香港力龙有限公司的董事会会议，检察机关出示的董事会决议上的签名不是其本人所签。

5. 证人蔡风华（原东租冀办会计）证言证实：张铁梦让其给中兴电子公司汇入250万美元，作为该公司的注册资金。

6. 中国银行石家庄分行的外汇汇款申请书、秦皇岛分行进账单证实：东租冀办分4次汇给中兴电子公司250万美元。

7.《秦皇岛经济技术开发区管理委员会关于中兴电子公司股权转让的批复》证实：该委批准大唐公司将其在中兴电子公司中占有的45%股份全部转让给香港力龙有限公司，由吴庆五任董事长。

8. 中兴电子公司的资产负债表证实：截止到1994年2月31日，中兴电子公司的净资产为1 270.222 252元。

9. 被告人李真在侦查期间供述：在吴庆五下海前，其和张铁梦、吴庆五就有一个共同的目标，其在政界，张铁梦在国企，吴庆五在商界，各有优势，优势互补。张铁梦多次让其和吴庆五参股爱尔兰企业及其他公司。关于中兴电子公司的股份，他们三人以前有原则上的讨论，是比照爱尔兰企业分股的“三一三十一”的原则，由张铁梦、吴庆五具体办的。

（三）1992年12月，河北省人民政府批准了省政府生产办公室《关于收购爱尔兰大西洋磁性有限公司并在当地办厂的请示》，决定以河北省政府生产办公室所属的秦皇岛华美磁电有限公司收购并接管爱尔兰大西洋磁性有限公司，张铁梦任接管团副团长。1993年1月，东租冀办出资250万美元，以秦皇岛华美磁电有限公司的名义，购买了爱尔兰大西洋磁性有限公司，更名为尼瓦利斯有限公司，由张铁梦和秦皇岛华美磁电有限公司法人代表吴长海出任股东，各持有50%的股份。

1993年10月，被告人李真与张铁梦、吴庆五商议均分尼瓦利斯有限公司的股份，并转入香港力龙有限公司，由吴庆五代表三人持有。1994年初，吴庆五与张铁梦到爱尔兰都柏林的会计事务所签署了将尼瓦利斯有限公司张铁梦持有的股份（价值41.581 95万爱尔兰镑，折合人民币523.832 773万元）无偿转让给香港力龙有限公司的法律文件，后由张铁梦在爱尔兰公司注册署进行了股东变更登记，吴庆五任董事。1995年4、5月间，张铁梦将尼瓦利斯有限公司的30万美

元以货款的形式汇到香港力龙有限公司。吴庆五自己留了20万美元，按李真的要求汇入李真妻子杨莉莉在新加坡的银行账户10万美元（折合人民币84.102万元）。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人张铁梦的证言证实：1992年下半年，省政府批准购买爱尔兰大西洋磁性材料公司后，东租冀办出资250万美元购买了该公司。在其被释放后，吴庆五提出到爱尔兰企业参股，李真说500万美元外汇额度赚的2 000万元要“三一三十一”分了，爱尔兰企业的股份也应“三一三十一”分了，让吴庆五代表三人持有股份，考虑到李真、吴庆五在其困难时期帮过忙，就同意了。1994年初，其与吴庆五到爱尔兰办理了股权转让手续，后其自己到爱尔兰公司注册署办理了股东变更登记。1995年4、5月间，由于李真、吴庆五多次催其分红，就汇给香港力龙公司30万美元。

2. 证人吴庆五的证言证实：购买了爱尔兰企业后，李真要求张铁梦给其与李真股份。经张铁梦同意，其和张铁梦到爱尔兰办理了股份转让手续。1995年五六月间，收到张铁梦汇来的30万美元后，按照李真的要求将10万美元汇到新加坡杨莉莉的账户。

3. 证人蔡风华（原东租冀办会计）的证言证实：1992年11月，按张铁梦的要求向爱尔兰汇款250万美元。

4. 爱尔兰公司注册署董事或秘书的变更通知证实：张铁梦辞去尼瓦利斯有限公司董事职务后，由吴庆五任董事。

5. 尼瓦利斯有限公司的资产负债表证实：截止到1994年1月31日，爱尔兰尼瓦利斯有限公司净资产为83.163 9万爱尔兰镑。

6. 被告人李真在侦查期间供述：1993年初，吴庆五下海之前，其与吴庆五、张铁梦三人谈到未来发展前景时，张铁梦让其与吴庆五到张的公司参股。尤其谈到爱尔兰的企业时，张铁梦说这个企业效益很好，一定能赚钱。其讲自己在官场直接参股不合适。吴庆五说如果不方便的话，把股份记在吴的名下，到时两人平均分红。

综上，被告人李真伙同他人侵吞东租冀办公款人民币1 872万元、中兴电子公司45%股份（价值人民币571.600 012万元）、尼瓦利斯公司50%股份（价值41.581 95万爱尔兰镑，折合人民币523.832 773万元），共计折合人民币2 967.432 785万元。其中，李真分得25万美元（折合人民币209.316 4万元）、10万元人民币和价值人民币51.671万元的住房1套。

案发后，追缴赃款41.609 307万美元。

对于被告人李真提出收受张铁梦轿车和美元系借贷关系及其辩护人提出认定李真向张铁梦兑换美元时少付人民币 22.78 万元构成受贿罪证据不足的辩解、辩护意见，经查：尽管指控李真向张铁梦索要轿车的证据不充分，但李真利用职务上的便利，帮助张铁梦解除强制措施后，张铁梦出于感谢，主动为李真购买了一部凌志轿车，并送给李真 1 万美元，依法应认定为受贿。李真让张铁梦兑换美元时少付人民币 22.78 万元，其性质属于变相索贿。因此，李真的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真及其辩护人提出未为张铁桥谋取任何利益，收受张铁桥信用卡用于消费，是借款，且已归还，不是受贿的辩解、辩护意见，经查：李真虽未给张铁桥谋取利益，但系利用担任省委办公厅秘书的职务便利，向张铁桥索要信用卡用于个人消费；证人张铁桥的证言亦证实，考虑到李真的特殊身份，才为李办理一张长城卡。其行为性质属于索贿。李真在纪检部门调查此卡时被迫退卡、退钱，并不影响这一行为性质的认定。因此，李真的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真提出其虽收受李国庭 5 万美元，但未为李谋取任何利益的辩解，经查：李国庭送给李真 5 万美元，是希望李真利用担任省委办公厅秘书和省委办公厅副主任的身份，对其给予关照。李真亦利用其职务便利在一定程度上巩固、加深了李国庭的地位和影响，应属于为他人谋取利益。因此，李真的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真及其辩护人提出李真收受秦天财物没有利用职务便利，没有为他人谋取不正当利益，不属于权钱交易及房屋未办理产权手续，不构成受贿的辩解、辩护意见，经查：李真所担任的省委办公厅秘书职务，对河北省内的大中型企业均有一定的制约关系，其让东租冀办借款给天都公司，属于利用职务上的便利；李真让东租冀办借款给天都公司，属于违法拆借，谋取的是不正当利益：李真收受天都公司财物，具有权钱交易性质。李真让秦天为其支付 100 万元购房款，虽然房屋未办理产权登记手续，但不影响受贿罪的成立。因此，李真的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真及其辩护人提出指控李真收受赵伟人民币的数额不准，应认定为 22 万元的辩解、辩护意见，经查：赵伟的证言证实其先后 12 次送给李真人民币共计 60 万元，李真在侦查期间曾供述先后收受赵伟人民币 60 万元左右，供证能够相互印证。因此，李真的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真提出孙长春为其垫付的按摩椅款已归还，即使未还也是因记

忆失误形成的欠款的辩解，经查：证人孙长春、李建国、杨莉莉均证实李真未付给孙长春按摩椅款。因此，李真的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人：李真提出收取王倩倩人民币 290 万元是替王存入香港渣打银行的辩解，经查：王倩倩是按照与李真事先约定的比例从施工单位提取中介费均分后将 290 万元交给了李真，李真将此款兑换成美元并以自己和家人的名义存在香港渣打银行，并没有以王倩倩的名义在香港存款。因此，李真的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真及其辩护人提出李真为王倩倩联系工程、为卢鹰联系担保单位、为刘建忠联系贷款没有利用职权，不构成受贿罪的辩解、辩护意见，经查：李真在为王倩倩联系工程、为卢鹰联系担保单位、为刘建忠联系贷款时，其职务是省委办公厅副主任，对河北省内的政府机关、企业、事业单位均有一定的制约关系，系利用职务便利为他人谋取利益。因此，李真的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真提出收受许建恩钱款系朋友之间馈赠，与帮许调动工作无关的辩解，经查：李真利用职务便利将许建恩调入省国税局、调任承德市和邯郸市国税局领导职务，事后收受许建恩钱款，有明显的钱权交易性质，并非朋友间的馈赠。因此，李真的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真提出将廊坊工程交给高俊华所在公司承建时，没有与李军合谋向高俊华索要人民币 50 万元的辩解，经查：证人李军的证言证实李真与其商量将廊坊工程交给高俊华承建并要好处费 50 万元，证人高俊华的证言证实李军向其索要了 50 万元中介费，李真在侦查期间亦曾作过与李军证言相同的供述，供证相符，足以认定。因此，李真的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真提出让苏尚杰为其兑换 9 000 美元，从李培科处拿的 4 万美元是欠款的辩解，经查：李真利用职务上的便利将税务登记证业务交由苏尚杰承作，将邢台工程交由李培科联系的施工单位承建后，以急需用钱为名，让苏尚杰为自己兑换了 9 000 美元，向李培科要了 4 万美元，事后没有任何归还的行为和意思表示，实质上是变相索贿，不是欠款。因此，李真的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真及其辩护人提出李真收受李培科 5 000 美元是私人馈赠的辩解、辩护，意见，经查：李真出国前收受李培科 5 000 美元时，双方之间系朋友关系，李培科尚无具体请托事项，李真回国时对李培科亦有较贵重的礼品回赠，现有证据不能排除李培科送给李真 5 000 美元系朋友间礼尚往来，对此行为不能认定为受贿。因此，公诉机关的此项指控不能成立，本院对李真的辩解及其辩护

人的辩护意见予以采纳。

对于被告人李真及其辩护人提出李真没有与张铁梦、吴庆五共同贪污的故意和行为，李真不构成贪污共犯，吴庆五给李真的钱财与通过调汇获利的 2 000 万元无关的辩解、辩护意见，经查：公诉机关当庭宣读、出示的证人证言、视听资料、书证及鉴定结论等证据证实，李真与张铁梦、吴庆五在东租冀办通过调汇获利人民币 2 000 万元后，多次密谋私分该款。张铁梦被解除强制措施后，三人商定世通公司从东租冀办借的人民币 1 000 万元不再归还东租冀办直接汇给吴庆五，吴庆五从东租冀办借的人民币 1 000 万元亦不再归还，以冲抵调汇获利款。李真和吴庆五利用张铁梦的职务便利共同侵吞了东租冀办人民币 2 000 万元后，由张铁梦隐匿了东租冀办的财务账簿，致使东租冀办对此 2 000 万元人民币失去了控制。三人具有共同贪污的故意，实施了共同贪污的行为，并且李真已分得 15 万美元、10 万元人民币和价值 57.671 万元人民币的住房一套。因此，李真的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于被告人李真提出尼瓦利斯有限公司和中兴电子公司转股手续是张铁梦、吴庆五办理的，其不知情也从未参与经营、管理，10 万美元是张铁梦在获释后出于感激所送，不是分红所得的辩解及李真的辩护人提出指控李真伙同张铁梦、吴庆五共同贪污尼瓦利斯有限公司和中兴电子公司股权证据不足的辩护意见，经查：李真因自己是国家机关工作人员不能直接出面参与经营活动，便在吴庆五下海前，与张铁梦、吴庆五商定，三人各自利用自己的便利条件，互相配合，获取非法利益。张铁梦被解除强制措施后，吴庆五、张铁梦是按照与李真的商定，将尼瓦利斯有限公司和中兴电子公司的部分股份转给吴庆五，由吴代表三人持有股份。1995 年四五月份，因李真、吴庆五的催要，张铁梦将尼瓦利斯有限公司的 30 万美元分红款汇给吴庆五，李真分得 10 万元。上述事实不仅有张铁梦、吴庆五的证言证实，而且李真在侦查阶段亦有供述。因此，李真的辩解及其辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于公诉机关指控李真伙同他人侵吞河北省企业投资公司人民币2 000万元的事实，经查：李真伙同吴庆五、张铁梦侵吞该笔公款时，东租冀办尚未撤销，其侵吞的是东租冀办的公款。世通公司将人民币1 000万元借款和 180 万元利息打入吴庆五指定的账户，连同吴庆五的人民币 1 000 万元借款，吴庆五实际控制东租冀办人民币 2 180 万元。后为了掩盖贪污犯罪，以支付利息的名义汇给东租冀办人民币 308 万元。尽管李真与吴庆五、张铁梦共谋侵吞东租冀办公款的数额是人民币2 000万元，但其实际占有的数额是人民币 1 872 万元。此笔贪污数额应以其实际占有的人民币 1 872 万元认定。

对于被告人李真的辩护人提出起诉指控的大部分受贿犯罪事实和贪污犯罪事实是李真在侦查机关不掌握的情况下主动交代和揭发的，李真在羁押期间协助司法机关破获重大杀人案件，符合自首和立功的法律规定，依法应对其从轻或减轻处罚的辩护意见，经查：李真在羁押期间劝说同监犯人交代余罪属实，但其行为依据法律规定不构成立功；李真被司法机关采取强制措施后，交代了检察机关尚未掌握的部分受贿犯罪事实，依据法律规定仅属于坦白交代，不是自首。因此，辩护人关于李真的上述行为构成立功和自首，应从轻处罚的辩护意见不能成立，本院不予采纳。但李真因涉嫌受贿犯罪被采取强制措施后，主动交代了检察机关未掌握的贪污犯罪事实，应认定为自首。辩护人的此节辩护意见，本院予以采纳。

本院认为，被告人李真身为国家工作人员，在担任中共河北省委办公厅秘书、副主任、河北省国家税务局副局长、局长期间，利用职务上的便利，接受他人请托，为他人谋取利益，索取、非法收受他人财物人民币 676.658 4 万元、美元 16.57 万元，共计折合人民币 814.816 4 万元，其行为已构成受贿罪。李真受贿数额特别巨大，所犯罪行严重破坏了国家机关正常工作秩序，侵害了国家工作人员职务的廉洁性，败坏了国家工作人员的声誉，情节特别严重，虽然其主动坦白了部分受贿犯罪事实，认罪态度较好，但不足以对其从轻处罚。被告人李真与吴庆五、张铁梦相勾结，利用张铁梦受国家机关委派到非国有公司从事公务的职务便利，共同侵吞东租冀办人民币 1 872 万元、中兴电子公司价值人民币 571.600 012 万元的股份、尼瓦利斯有限公司价值人民币 523.832 773 万元的股份，共计人民币 2 967.432 785 万元，李真从中分得 25 万美元、10 万元人民币和价值人民币 51.671 万元住房 1 套，共计人民币 270.987 4 万元，其行为已构成贪污罪。贪污数额特别巨大，情节特别严重，应依法惩处。在共同贪污犯罪中，虽然被告人李真没有利用自己的职务便利，分得的赃款相对较少，但李真不仅是贪污犯罪的犯意提起者，还积极参与策划非法占有公共财物，3 人相互配合，作用相当，故辩护人提出李真在共同贪污尼瓦利斯有限公司和中兴电子公司股份中所起作用最小的辩护意见，不能成立，本院不予采纳。鉴于李真对贪污犯罪有自首情节，依法对其贪污犯罪可从轻处罚。

据此，为维护国家工作人员职务的廉洁性，保护公共财产不受侵犯，根据被告人李真犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第 12 条第 1 款、第 385 条第 1 款、第 386 条、第 382 条、第 383 条第 1 款第（一）项、第 67 条、第 57 条第 1 款、第 69 条、第 64 条的规定，判决如下：

一、被告人李真犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

二、犯贪污罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

三、扣押在案的赃款、赃物予以没收，不足部分继续追缴。

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起 10 日内，通过本院或者直接向河北省高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本一份，副本二份。

审判长：常荣才
审判员：常保良
审判员：阎宏波
2002 年 8 月 10 日
书记员：王彦祥
书记员：王璐璇

# 附录二：

## 河北省高级人民法院刑事裁定书

（2002）冀刑二终字第 69 号

公诉机关：河北省唐山市人民检察院

上诉人（原审被告人）李真，男，1962 年 5 月 29 日出生于河北省张家口市，汉族、大专文化，原系河北省国家税务局局长、中共河北省国家税务局党组书记、河北省第九届人民代表大会代表（2000 年 11 月 10 日被罢免），被捕前住河北省石家庄市平安南大街国税局宿舍 5 栋 2 单元 301 号。2000 年 3 月 30 日因涉嫌犯受贿罪被逮捕。现押于天津市蓟县看守所。

辩护人王强、冯增书，河北三和时代律师事务所律师。

唐山市中级人民法院审理唐山市人民检察院指控原审被告人李真犯受贿罪、贪污罪一案，于 2002 年 8 月 30 日作出（2002）唐刑初字第 58 号刑事判决。原审被告人李真不服、提出上诉，本院受理后，依法组成合议庭审理了本案。经过阅卷，提审被告人、听取辩护人的辩护意见，认为事实清楚，决定不开庭审理。现已审理终结。

原判决认定：

**一、受贿罪**

（一）1993 年 10 月，被告人李真在担任河北省委办公厅秘书期间，中国东方租赁公司河北办事处（以下简称东租冀办）主任张铁梦因涉嫌挪用公款被司法机关采取强制措施。经李真多方活动，张铁梦于当月 14 日被解除强制措施。1994 年 2 月 22 日，为感谢李真，张铁梦为李真购买凌志 400 型轿车支付人民币 62 万元。1995 年春节前，张铁梦以资助李真之妻杨莉莉出国学习为名送给李真 1 万美元（折合人民币8.431 6万元）。1998 年上半年，李真让张铁梦为其兑换 10 万美元时，少付人民币 22.78 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 河北省政府办公厅、省委办公厅、省委组织部、国家税务总局有关文件

证实：李真自1990年11月至2000年4月先后担任河北省政府办公厅秘书、省委办公厅秘书、副主任、省国税局副局长、局长。

2. 张铁梦涉嫌挪用公款案有关法律文书证实：因涉嫌挪用公款，东租冀办主任张铁梦于1993年10月11日被检察机关刑事拘留，10月14日被解除强制措施。

3. 证人张铁梦证言：其被查处时，李真、吴庆五帮其进行活动，后按李真提供的账号打入60万元左右车款，1995年初杨莉莉出国前到李真处送1万美元，1998年帮李真换美元时李真少付20万元人民币。

4. 证人陈拥军（原东租冀办会计）证言：1994年2月22日，其按李铁梦交代汇到北京市海淀区华中汽车修理部62万元。

5. 证人秦天（解放军某部军官）、陈加华（秦天司机）证言：曾帮助李真以62万元人民币的价格从北京海淀区华中汽车修理站杨军手中买一部凌志400型轿车。

6. 证人李军证言：在北京西什库居住时，李真曾开一辆黑色凌志400轿车，说是张铁梦给的。

7. 中国人民银行电汇凭证证实：1994年2月22日，东租冀办汇到北京海淀区华中汽车修理部货款人民币62万元。

8. 北京市工商银行南礼士路支行电划报单证实：北京海淀区华中汽车修理站于1994年2月25日收到东租冀办货款62万元人民币。

9. 国家外汇管理局唐山中心支局出具的证明材料证实：1998年人民币对美元的汇率为1∶0.120 8，美元对人民币的汇率为1∶8.278 1。

10. 公诉机关当庭出示的凌志400型轿车物证照片，经被告人李真辨认系张铁梦出资购买之车。

（二）1994年初，被告人李真在担任河北省委办公厅秘书期间，要求中兴电子公司经理张铁桥为其办理一张个人消费信用卡，并提供了姓名为“韩叙”的假身份证。1994年3月7日，张铁桥指使公司财务人员用李真提供的假身份证，办理了1张卡号为8073592002161009的信用卡。李真用此信用卡消费人民币9.954 4万元。1999年3月，李真得知纪检部门调查此信用卡，委托李军将信用卡退还给张铁桥。后怕事情败露，于同年8月退给张铁桥人民币10万元，并让张将还款时间改写到与退还信用卡相同的日期。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人张铁桥证言：经李真索要，其为李真办理信用卡，李真用此卡消费9万余元，后李真将此卡及10万元退还。

2. 证人李军证言：其帮李真将信用卡退还张铁桥的过程。

3. 证人张铁梦（张铁桥之兄）证言：曾听张铁桥讲，李真向张铁桥提出办1张信用卡，后张铁桥推托不了，就给办了。

4. 证人刘建（中兴电子公司会计）证言：根据张铁桥的指示，其给“韩叙”长城卡打过五六次钱，大概消费10万元左右，1999年七八月份还的钱。

5. 中国银行秦皇岛分行人民币长城卡担保书证实：1994年3月7日，中兴电子公司张铁桥担保为“韩叙”办理了长城信用卡，卡号为8073592002161009。

6. 中兴电子公司财务证实：“韩叙”用卡号为8073592002161009的长城信用卡消费共计人民币9.954 4万元；1999年3月、8月，“韩叙”先后归还此信用卡及人民币10万元。

（三）1994年12月，被告人李真在担任河北省委办公厅秘书、副主任期间，张家口卷烟厂厂长李国庭为通过李真取得有关领导在政治上的信任和支持，在石家庄市白楼宾馆以资助李真之妻杨莉莉出国留学为由，送给李真5万美元（折合人民币42.223万元）。李真于1999年初将此款存入香港渣打银行。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人李国庭证言：其以资助李真妻子出国留学为名，在石家庄白楼宾馆送给李真5万美元，表面上把钱给杨莉莉，实际上是给李真，希望李真在各级领导面前多说好话，无论对其个人还是对张家口卷烟厂都有好处。

2. 证人杨莉莉证言：其去新加坡留学的前一天晚上，与李真到白楼宾馆看望李国庭，李国庭给了5万美元。

3. 证人杨泽文（李国庭司机）证言：1994年12月，其为李国庭开车到石家庄，住在白楼宾馆。

（四）1994年初，被告人李真利用担任河北省委办公厅秘书的职务便利，接受秦天请托，通过东租冀办主任张铁梦为广西北海天都房地产开发公司（以下简称天都公司）借款172万美元。1996年3月26日，秦天按李真的要求让天都公司经理魏杰将人民币50万元汇入北京三威电子有限公司（以下简称三威公司）账户，作为对李真帮助借款的酬谢。1999年初，李真将此款存入香港渣打银行。

1996年初，被告人李真利用担任河北省国税局副局长的职务便利，接受秦天请托，将河北省税务系统造价1 800万元人民币的税务数据采集器项目交给深圳桑利通电子有限公司（以下简称桑利通公司）承做。为赞助秦天拍电视剧和感谢李真，桑利通公司经理刘振奇于1997年1月15日、30日给秦天指定的天津市开发区新天地投资开发有限公司（以下简称新天地公司）账户共汇入人民币199.5万元。1997年9月22日，李真在北京华堂房地产开发有限公司（以下简

称华堂公司）开发的阳明广场购买住房 1 套，让秦天从桑利通公司汇款中支付购房款 100 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人秦天证言：其通过李真从张铁梦的公司为其内弟魏杰借款 170 余万美元，为感谢李真，按李真要求，让魏杰将 50 万元人民币汇到三威公司；还通过李真为刘振奇推销录入器，刘振奇为感谢其和李真，给其指定账户汇入 190 多万元人民币，后将其中 100 万元为李真付购房款。

2. 证人张铁梦证言：秦天通过李真向其借款 172 万美元，几个月后秦天将款还上。

3. 证人魏杰证言：通过秦天筹借保证金 172 万美元，后按秦天提供的账号汇给三威公司人民币 50 万元。

4. 证人王倩倩（三威公司经理）证言：1996 年 3 月 26 日，天都公司给三威公司账户汇入 50 万元人民币，后李真将款取走。

5. 东租冀办银行账目证实：1994 年 4 月 7 日，东租冀办汇到天都公司账户 172 万美元。

6. 天都公司银行账目证实：1996 年 3 月 26 日，天都公司汇到三威公司账户人民币 50 万元。

7. 证人刘振奇证言：通过秦天找李真承做河北国税系统税务采集器业务，后从公司将人民币近 200 万元打到秦天提供的新天地公司账户，用于秦天拍电视剧及酬谢李真。

8. 证人曹国俊（华堂公司经理）证言：李真以人民币 100 万元购买华堂公司开发的阳明广场住房 1 套，并交给其人民币 10 万元装修该房屋。

9. 证人李建民（新天地公司经理）证言：秦天让其将桑利通公司汇来款中的人民币 100 万元打给曹国俊。

10. 证人郑庆和、郑及红（河北省国税局工作人员）证言：省国税局实行税收征管电算化，税务采集器项目由李真负责。

11. 新天地公司财务账目证实：1997 年 9 月 22 日，新天地公司汇入华堂公司人民币 100 万元。

12. 华堂公司出具的证明记载：1997 年 9 月，李真从华堂公司购买住房 1 套（阳明国际公寓 A 座 19E），尚未办理房产交易手续。

（五）1994 年至 1997 年，被告人李真在担任河北省委办公厅秘书、副主任、河省国税局副局长、局长期间，接受河北省人民政府驻北京办事处（以下简称驻京办）主任王福友、商品部（即北京河北迎宾馆）承包经理赵伟请托，通过张家

口卷烟厂厂长李国庭办理购买该厂紧俏香烟批条 61 份。赵伟利用李真交给的上述批条先后从张家口卷烟厂购买各种香烟 9 628 箱，总价值人民币 2 508.16 万元，非法销售，从中牟利。为感谢李真、赵伟先后送给李真人民币共计 60 万元。李真将此款存入香港渣打银行。后因李国庭案发，李真怕事情败露，与赵伟、王福友订立攻守同盟，并通过程慕阳退还驻京办人民币 22 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人赵伟证言：1994 年其承包驻京办商品部后，通过李真帮忙得到李国庭的批条，所批香烟卖给了烟贩子。自 1994 年下半年至 1997 年底，先后 12 次送给李真共计人民币 60 万元。2000 年初，李真怕事情败露，给驻京办退还 22 万元。

2. 证人王福友证言：其曾托李真找张家口卷烟厂厂长李国庭给赵伟批过香烟。2000 年初，李真对其和赵伟说，倒烟的事与他没关系，后通过程慕阳给驻京办退还 22 万元人民币。

3. 证人李国庭证言：李真让其帮驻京办批香烟，其答应后给河北驻京办批过几十次香烟。

4. 证人杨莉莉证言：在驻京办住时曾看到二三次赵伟拿着信，让李真找李国庭批烟，还看到李真找赵伟要信，说找老爷子（指李国庭）批烟去。有两次赵伟来其家后，其问李真赵伟来干什么，李真说送点钱。

5. 证人张燕韫证言：其丈夫赵伟通过王福友和李真弄到批香烟的条子，然后转手倒卖，赚的钱给李真、王福友分红。有几次赵伟去石家庄找李真拿批条时把钱给李真带过去。

6. 证人宋国起（张家口卷烟厂职工）证言：赵伟从 1994 年开始从该厂批烟，直到 1997 年底，每次都有厂长李国庭的批条。

7. 被告人李真给李国庭的亲笔信证实：李真要求张家口卷烟厂厂长李国庭为赵伟办理购买紧俏香烟批条。

8. 张家口卷烟厂厂长李国庭的批条证实：李国庭先后为河北省驻京办赵伟办理香烟批条 61 份。

9. 张家口卷烟厂卷烟销售记录证实：张家口卷烟厂先后销售给驻京办“山海关”牌等香烟 9 628 箱，总价值人民币 2 508.164 37 万元。

10. 北京河北迎宾馆企业法人营业执照和北京市东城区烟草专卖局烟草专卖零售许可证证实：北京河北迎宾馆无权经营香烟批发业务。

（六）1994 年，被告人李真在担任河北省委办公厅秘书期间，接受河北省保定市高碑店电力局局长孙长春请托，多次要求保定地委有关领导对孙提拔使用。

1997年1月31日，李真与妻子杨莉莉在北京赛特购物中心看好1把日本产按摩椅，价值人民币3.98万元。李真打电话将孙长春叫到赛特购物中心，孙长春付款购买了按摩椅并送至李真家中。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人孙长春证言：1997年春节前的一天，李真打电话说在北京赛特购物中心看中1把按摩椅，让其去一趟。其与司机到北京赛特购物中心付完款后，开车将按摩椅送到石家庄李真家中。后听说李真要出事，其对亲戚李建国说，如果有人问起椅子的事，就说李真给钱了，实际李真没有给钱。

2. 证人李建国（河北省卫生厅副厅长）证言：孙长春把椅子给李真送去后，其在李真家没看到李真给孙长春椅子钱。李真被“双规”后，孙长春打电话对其讲，如果有人问按摩椅的事，就说李真让其将钱转交给孙长春了。

3. 证人李福华、李燕强（均系孙长春司机）证言：孙长春在北京赛特购物中心花3、4万元买1把日产按摩椅，其开车与孙长春把按摩椅送到李真家中。

4. 证人杨莉莉证言：李真在北京赛特购物中心看中1把价值约4万元的按摩椅，打电话让孙长春付款。孙长春购买椅子后送至李真书房，李真没给孙长春椅子钱。

5. 证人赵文鹤（原保定地委副书记）证言：1994年李真对其讲孙长春这人不错，应该提拔使用。1995年八九月间，地市合并，在研究人事安排时，其同意对孙提拔使用，后孙长春被任命为涞水县副县长。

6. 北京赛特购物中心销售发票证实：日本产按摩椅价值为3.98万元，购货日期1997年1月31日。

（七）1995年10月，被告人李真在担任河北省委办公厅副主任期间，通过唐山市有关领导将唐山百货大楼条式楼标的为人民币1 080万元的C段装修工程（以下简称百货大楼工程）介绍给王倩倩联系的北京市建筑工程装饰公司（以下简称北京装饰公司）承建。竣工后，王倩倩送给李真人民币15万元。

1996年8月、9月，被告人李真在担任河北省国税局副局长期间，将省国税局北戴河培训中心工程（以下简称北戴河工程）交给王倩倩联系的中铁12局集团海南振海有限公司（以下简称振海公司）承建，工程预算人民币3 500万元。李真与王倩倩商定按工程造价的6%提取中介费后均分。1996年12月，王倩倩从振海公司提取人民币170万元，送给李真75万元。

1997年9月、10月，被告人李真在担任河北省国税局局长期间，将省国税局承德培训中心工程（以下简称承德工程）以议标形式介绍给王倩倩联系的海南泛华工程有限公司（以下简称泛华公司）承建，工程预算人民币3 000万元。后

王倩倩按工程预算的5%从泛华公司提取中介费人民币150万元，送给李真人民币140万元。此外，王倩倩又将从该工程中提取的北戴河工程追加投资的中介费人民币30万元送给李真。

1998年12月，被告人李真在担任河北省国税局局长期间，通过河北省衡水市国税局局长郭富林，将衡水市国税局培训中心工程（以下简称衡水工程）介绍给王倩倩联系的中海工程建设总局（以下简称中海总局）承建，工程预算人民币1 500万元。1999年1月，王倩倩将中介费人民币45万元送给李真。

综上，李真共收受王倩倩人民币305万元，将其中15万元存入新加坡银行，290万元存入香港渣打银行。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人王倩倩证言：其受朋友之托，通过李真帮忙将百货大楼工程、北戴河工程、承德工程、衡水工程交给北京装饰公司、振海公司、泛华公司、中海总局承建，按事先与李真的商定提取中介费，先后送给李真共计人民币305万元。

2. 证人谭杰（北京装饰公司工程部经理）证言：通过王倩倩的帮助，其公司参加了百货大楼工程的投标并中标，后按王倩倩的要求给王倩倩送人民币15万元。

3. 证人解仁义（唐山百货大楼集团有限公司董事长）证言：在发包唐山百货大楼装修工程过程中，市领导对其讲，在同等条件，照顾一下北京的杨东蓉（即王倩倩之妻），后通过招标把C段工程交给王倩倩联系的北京装饰公司，工程造价人民币1 000多万元。

4. 证人郑庆和（原河北省国税局局长）证言：1996年11月，李真对其讲中铁12局（指振海公司，下同）想干北戴河工程，其按李真的要求起草了将工程交给中铁12局承建的合同。1998年5月，省国税局派其到承德筹建培训中心，协助李永光工作，承德工程以议标形式交由泛华公司承建。

5. 证人李永光（河北省国税局生活服务中心副主任）证言：1998年4月，李真对其讲，想在承德建培训中心，让其负责施工工作，并讲黄廉奎（泛华公司副总经理）证言：其请王倩倩帮忙，通过李真以议标的形式承建了承德工程，王倩倩与其商谈了中介费事宜。1998年6月至1999年春节前，其两次汇给王倩倩的三威公司130万元人民币，后又在北京两次给现金共计20万元人民币。

6. 证人任小平（中海总局项目部经理）证言：其请王倩倩帮忙，通过李真以议标形式承建了衡水工程。王倩倩提出要中介费，因工程未结算至今未给。证人郭富林证言：李真讲衡水工程省局投资800万元，施工队由省局派，工程以议标形式交给了中海总局。

7. 唐山百货大楼C段装修施工合同、北戴河工程合同、承德工程及衡水工程建设合同和工程预算、审计等书证证实：百货大楼工程由北京装饰公司承建，标的1 080万元；北戴河工程由振海公司承建，标的3 500万元；承德工程由泛华公司承建，标的 3 000 万元；衡水工程由中海总局承建，标的 1 500 万元。

8. 中国工商银行汇票、三威公司进账单等书证证实：1996 年 12 月 23 日，振海公司汇给三威公司人民币 170 万元。

9. 中国银行汇票、三威公司进账单及泛华公司出具的证明等证据证实：泛华公司于 1998 年 6 月 17 日、1999 年 2 月 10 日先后汇给三威公司人民币 130 万元。

（八）1995 年 4 月，被告人李真在担任河北省委办公厅副主任期间，让河北大野集团总裁卢鹰为其办理长城信用卡 1 张，并用此卡消费人民币 1.944 055 万元。同年 12 月，李真接受卢鹰的请托，让石家庄市国棉二厂为大野集团在中国银行河北省分行办理承兑汇票提供了担保。1996 年 2 月 13 日，李真收受卢鹰人民币 10 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人卢鹰证言：1995 年 4 月初，李真让其给办 1 张长城卡，其用李真提供的“韩叙”身份证为李真办了 1 张长城卡。1996 年春节前到李真家，给李真人民币 10 万元。后通过李真让石家庄市国棉二厂为大野集团在中国银行河北省分行办理 1 000 万元承兑汇票提供了担保。

2. 证人高秀兰（原国棉二厂厂长）证言：1995 年底，李真让其为大野集团在中国银行河北省分行办理 1 000 万元承兑汇票提供了担保。

3. 中国银行河北省分行银行承兑汇票、银行承兑契约证实：1995 年 12 月 1 日，河北大野集团在中国银行河北省分行办理 1 000 万元承兑汇票由国棉二厂担保。

4. 证人敬晓榕、郑梅芳（均系大野集团工作人员）证言：卢鹰让其在福州市以“韩叙”的名义办过 1 张长城信用卡。

5. 中国银行福建省分行人民币长城信用卡申请表以及该行财务账目证实：1995 年 5 月 15 日，大野集团下属的中华工商时报南方实业发展总公司以“韩叙”的名义办理了 1 张长城信用卡，“韩叙”用此卡消费人民币 1.944 055 万元。

6. 证人黄润琼（卢鹰家庭保姆）证言：1996 年 4 月 13 日晚，卢鹰从保险柜里拿出 10 万元钱，说要送给李真。

（九）1995 年 11 月，被告人李真在担任河北省委办公厅副主任期间，接受石家庄市半边天保健品公司（以下简称半边天公司）经理刘建忠和港商程慕阳请托，召集石家庄市政府及省、市银行有关领导到半边天筹建处商议解决该公司贷

款问题，在李真的多次协调下，半边天公司于1996年11月25日从石家庄城市合作银行贷款人民币1 000万元，同年12月24日从中国工商银行石家庄分行贷款人民币1 000万元。1997年初，李真出国考察前，刘建忠送给李真2 700美元（折合人民币2.238 8万元）。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人刘建忠证言：为解决筹建百贝佳中草药牙膏项目的资金，其和程慕阳请求李真帮忙，经李真与石家庄市和银行有关领导协调，石家庄城市合作银行和工商银行先后给其公司解决了贷款。1997年李真赴美国考察前，其在驻京办送给李真二千七八百美元。

2. 证人张二辰（原石家庄市市长）、李宏英（原石家庄市副市长）证言：1995年11月，李真为刘建忠的牙膏项目，找其出面协调贷款并让支持该项目。

3. 证人张晓明、姚维平、臧志雄、靳学斌（均系工商银行石家庄分行工作人员）证言：1995年11月，为帮助刘建忠的牙膏项目筹集资金，李真将他们和石家庄市城市合作银行的有关人员召集在一起，让两家银行为刘建忠的保健品公司提供贷款。

4. 石家庄城市合作银行、工商银行石家庄分行的贷款合同证实：1996年11月25日、12月24日两家银行共贷给半边天公司人民币2 000万元。

（十）1996年6月至1999年6月，被告人李真在担任河北省国税局副局长、局长期间，将河北省政府驻沈阳办事处主任许建恩调入省国税局，后又将其调任承德市国税局局长和邯郸市国税局局长。1998年上半年，李真到承德市检查工作时，许建恩送给李真2 000美元（折合人民币1.655 6万元）。1999年6月，许建恩随李真到西欧考察时，在德国科隆市送给李真2 000美元（折合人民币1.655 6万元）。2000年春节期间，许建恩以给李真儿子压岁钱的名义，送给李真人民币1万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人许建恩证言：1996年7月，李真将其调入省国税局任机关党委专职副书记。1998年4、5月，听说李真要出国考察，在李真来承德时，送给李真2 000美元。1999年6月，其随李真赴西欧考察，在德国科隆市送给李真2 000美元。2000年春节前的一天晚上，其在李真家以给孩子压岁钱为名，将1万元人民币塞到李真儿子手中。

2. 证人魏翔（承德市国税局副局长）证言：许建恩讲，李真要出国，给李真送点外汇，其在中国银行换了2 000美元交给许建恩。

3. 证人靳兴忠（原邯郸市国税局副局长）证言：2000年春节前，许建恩从

石家庄开会回来后，告诉其给李真 5 000 元或 1 万元人民币。

4. 证人曹志民（李真家庭服务员）证言：2000 年春节前的一天晚上，许建恩去李真家，临走时塞给李真儿子 1 个信封，说是压岁钱。

5. 证人郑庆和（原省国税局局长）证言：李真建议将许建恩调入省国税局工作，当时考虑李真在河北的地位同意了这个建议。

（十一）1998 年 4 月、5 月，被告人李真在担任河北省国税局局长期间，接受港商吴庆五请托，授意石家庄市国税局局长许建斌、主管工程的副局长王福成以招标的形式将石家庄市国税局办公楼工程（以下简称石家庄工程）交给南京市第二建筑公司石家庄分公司（以下简称南京二建）承建。1998 年 6 月 25 日，石家庄市国税局与南京二建签订了建设工程施工合同。李真告诉吴庆五，与妻子杨莉莉离婚后急需用钱。同年 12 月，吴庆五向南京二建索要工程中介费人民币 40 万元，兑换成 5 万美元（折合人民币 41.390 7 元）交给李真。1999 年初，李真将此款存入香港渣打银行。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人吴庆五证言：经其请托，李真帮助南京二建承建了石家庄工程。后李真让其向南京二建要 100 万元，先给他 50 万元。其向南京二建经理王建新索要 50 万元人民币，兑换成 5 万美元交给李真。

2. 证人许建斌、王福成证言：石家庄工程已基本确定施工单位后，李真讲该工程叫南京二建干，他们顶不住，只能照李真讲的办。

3. 证人王建新证言：南京二建中标后，吴庆五说承接工程时李真帮了忙，让公司拿人民币 40 万元给李真。后其将钱交给了吴庆五。

4. 石家庄工程招投标文件及施工合同证实：石家庄工程由南京二建承建。

5. 南京二建记账凭证证实：1998 年 12 月 16 日，南京二建支出 40 万元人民币。

（十二）1998 年，被告人李真在担任河北省国税局局长期间，与秦皇岛市华兴公司经理李军合谋，将河北省廊坊市国税局培训中心工程（以下简称廊坊工程）交给河北省第三建筑公司第十分公司（以下简称省三建十公司）承建，由李军向省三建十公司索要工程造价 5%的中介费。1994 年 4 月初，李真急于将国内赃款转移到香港，指使李军向省三建十公司经理高俊华索要工程中介费人民币 50 万元，并允诺保证省三建十公司中标。随后，李军让外甥女杜娟到高俊华的办公室取回该款，李真收到李军交来的该款后存入香港渣打银行。1999 年 7 月 26 日，廊坊市国税局局长梁传刚在李真的授意下，将廊坊工程交给省三建十公司承建。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人高俊华证言：经李军介绍，通过李真帮忙省三建十公司承建了廊坊工程。招标前，李军让杜娟从其处取走 50 万元现金。

2. 证人李军证言：李真与其商量将廊坊工程交给省三建十公司承建，并商量要好处费。后其按李真的要求从高俊华处要了 50 万元，由其外甥女杜娟取回，其将此款带到北京交给李真。

3. 证人杜娟证言：李军让其从高俊华处取回 50 万元。

4. 证人梁传刚（廊坊市国税局局长）、王万卿（廊坊市国税局副局长）证言：按照李真的要求将廊坊工程交由省三建十公司承建。

5. 廊坊工程招投标文件及施工合同证实：廊坊工程由省三建十公司承建。

（十三）1998 年底，被告人李真在担任河北省国税局局长期间，接受温州市杰恒有限公司（以下简称杰恒公司）经理苏尚杰请托，指使省国税局征管处将本局税务登记证制作项目交给杰恒公司承做。事后，李真以急需用钱为由，先后两次共向苏尚杰索要 9 000 美元（折合人民币 7.450 2 万元）。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人苏尚杰证言：杰恒公司通过李真承揽了省国税局税务登记证制作项目后，按照李真的要求，先后两次共兑换 9 000 美元交给李真。

2. 证人张平信（省国税局征管处处长）证言：按照李真的要求将省国税局税务登记证制作项目交给了杰恒公司。

3. 省国税局税务登记制作合同证实：省国税局 1999 年税务登记证由杰恒公司制作。

4. 被告人李真在侦查期间供述：1998 年底，苏尚杰来联系税务登记证业务，其将征管处处长张平信叫来，让张平信将税务登记证业务交苏尚杰做。去欧洲之前，其让苏尚杰换几千美元出国用，后苏尚杰送来 5 000 美元。1999 年底，因急需 4 000 美元用于还账，其打电话给苏尚杰，要苏尚杰送到石家庄，后苏尚杰将 4 000 美元送到其办公室。

（十四）1999 年 9 月，被告人李真在担任河北省国税局局长期间，接受北京市科信实业公司（以下简称科信公司）经理李培科的请托，指使河北省邢台市国税局局长李兆昌将邢台市国税局培训中心工程（以下简称邢台工程）交给南京市第一建筑工程公司（以下简称南京一建）承建。后李真以急需用钱为由，向李培科索要 4 万美元（折合人民币 33.112 5 万元）。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人李培科证言：通过李真将邢台工程交给其介绍的南京一建。1999 年

冬，李真让筹集4万美元，其将4万美元按李真的要求交给李军。

2. 证人李兆昌、张好禄（邢台市国税局纪检组长）证言：经李真推荐，将邢台工程交给南京一建承建。

3. 证人邵军（原南京一建副总经理）、王建明（南京一建北京分公司第五工程处经理）证言：李培科帮其公司承揽邢台工程后，其答应给李培科5%的净利润。

4. 证人李军证言：李真让李培科兑换美金，后其从李培科处取走3万或4万美元交给李真。

5. 邢台工程施工合同证实：邢台工程由南京一建承建。

综上，被告人李真利用职务上的便利，非法收受或者索取他人676.658 4万元人民币、16.57万美元，共计人民币814.816 4万元。

## 二、贪污罪

（一）1992年8月，被告人李真在担任河北省政府办公厅秘书期间，得知河北省财政厅有500万美元的外汇额度，便通过张家口卷烟厂从河北省财政厅申请到该外汇额度，并让东租冀办以张家口卷烟厂代理商的名义办理此事。为解决调汇资金，同年9月18日，时任东租冀办副主任的张铁梦以东租冀办的名义，给省政府写报告申请贷款人民币6 000万元。李真将报告呈送省政府领导批准后，打电话催促中国人民银行河北省分行行长许国峰尽快办理。许国峰将报告批给河北省证券公司，并将贷款方调整为张家口卷烟厂，贷款金额限定为人民币5 000万元。后张家口卷烟厂以短期融资债券的形式从河北省证券公司贷款人民币5 000万元，经李真协调，5 000万元贷款直接汇入东租冀办的银行账户。同年10月5日、12月21日，东租冀办分别以人民币1 378.5万元和1 616.15万元共调汇500万美元。按照当时国家的外汇牌价与市场价格的价差，可获利人民币2 000万元。

1992年10月26日和1993年1月28日，即将下海经商的吴庆五通过张铁梦从东租冀办为海南世通公司及其个人各借款人民币1 000万元。

1993年5月、6月间，被告人李真多次与张铁梦、吴庆五商议均分通过调汇获利的人民币2 000万元。同年7月、8月份，3人在北京市新大都饭店密谋以合法方式将该款从东租冀办转出私分。同年10月，张铁梦因涉嫌挪用公款被刑事拘留。经过李真和吴庆五多方活动被解除强制措施后，3人商定，世通公司从东租冀办借出人民币1 000万不再归还东租冀办，转给吴庆五，吴庆五从东租冀办借出的人民币1 000万元亦不再归还，以顶替东租冀办用500万美元外汇额度

调汇获利的 2 000 万元人民币，并由张铁梦负责销毁借款合同和做平账目。随后，吴庆五在张铁梦提供的东租冀办空白便笺纸上书写了让世通公司转款的指令函，世通公司按照吴庆五的要求于 1993 年 12 月 20 日、23 日，将借款人民币 1 000万元和利息 180 万元汇入北京环京商贸公司账户。为平账，吴庆五按照张铁梦的要求以支付借款利息的名义将人民币 308 万元汇入东租冀办账户。1994 年 6 月东租冀办撤销，张铁梦藏匿账目，隐瞒了吴庆五和世通公司向东租冀办借款人民币 2 000 万元的事实，并告知李真。吴庆五将实际占有的 1 872 万元人民币用于投资经商。事后，李真分得 15 万美元（折合人民币 125.214 4 万元）、10 万元人民币和价值人民币 51.671 万元人位于北京市低压电器厂宿舍楼的房屋 1 套。1998 年下半年，李国庭案发，李真、吴庆五、张铁梦害怕事情败露，商量对策，订立攻守同盟。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证明：

1. 证人张铁梦证言：李真帮东租冀办搞到 500 万美元外汇额度和 5 000 万元人民币贷款后，东租冀办分别借给吴庆五、世通公司各 1 000 万元人民币。1993 年 6 月、7 月份，李真多次对其讲，吴庆五已下海经商，500 万美元外汇额度的获利款由其 3 人分掉。1993 年 10 月份，其被解除强制措施并恢复职务后，李真又讲吴庆五和高天国的借款不再归还东租冀办，用来顶替外汇额度获利款。其提出为平账，本金可以不还，利息要还。后吴庆五用其提供的东租冀办空白介绍信让高天国将1 000万元借款转到吴庆五名下，吴庆五还给东租冀办 300 余万元的利息。1994 年下半年，其对李真讲，账已处理好。1995 年之前，其拿走东租冀办的账目。1998 年省纪委开始调查李国庭案，李真怕罪行败露，其与吴庆五商量把2 000万元说成借款未还。

2. 证人吴庆五证言：1992 年 9 月下旬，李真对其讲，帮助张铁梦得到了 500 万美元外汇额度和人民币 5 000 万元贷款，要张铁梦支持其下海经商。1993 年 5 月，李真又讲张铁梦答应将 500 万美元外汇额度赚的钱分给其和李真 2 000 万元。同年 8 月、9 月份，其与李真、张铁梦在北京新大都饭店商量转款。同年 10 月，张铁梦被立案查处，其和李真通过找关系，将张铁梦释放出来后，李真对其讲，已和张铁梦说好，高天国从东租冀办借的 1 000 万元不再归还东租冀办，以顶替给其二人的 2 000 万元中的 1 000 万元；其从东租冀办借的人民币 1 000 万元亦不再归还。张铁梦对其讲，同意李真的要求，但最好付一部分利息。其打电话让高天国把 1 000 万元借款汇到环京商贸公司的账户。1994 年 6 月，其按张铁梦的要求汇给东租冀办 300 余万元的利息。1998 年下半年，李国庭案发，其担心出问题，打电话与张铁梦商量，补办借款协议。

3. 证人李国庭证言：1992 年，其向李真提出为张家口卷烟厂搞些外汇。同年 9 月，其按照李真的要求将向省政府申请 500 万美元外汇额度的报告交给李真，事后无结果。后李真对其讲，张铁梦可以帮张家口卷烟厂贷款 5 000 万元，直接划到东租冀办的账户，其答应了。

4. 证人阎存增（原河北省财政厅副厅长）证言：1992 年，省财政厅从财政部争取到 500 万美元的外汇额度，李真让其将外汇额度支持给张家口卷烟厂。省政府批准后，李真又说让东租冀办主任张铁梦代理张家口卷烟厂办理此事，其让外经处将 500 万美元的外汇额度办理到东租冀办。

5. 证人许国峰证言：1992 年 9 月，其接到省政府领导批示的东租冀办要求为张家口卷烟厂解决资金的报告后，经李真电话催办，将贷款单位由东租冀办改为张家口卷烟厂，由省证券公司以融资券的形式给张家口卷烟厂融资 5 000 万元。

6. 证人高天国证言：1992 年通过吴庆五从东租冀办借款 1 000 万元。1993 年底，其按吴庆五的要求将 1 000 万元借款和利息 180 万元打到北京环京商贸公司的账户。

7. 证人蔡风华（原东租冀办会计）证言：1992 年 10 月 26 日和 1993 年 1 月 28 日，张铁梦让其两次汇给世通公司人民币 2 000 万元。

8. 证人支宁军（原东租冀办会计）、陈拥军（原东租冀办财务部副经理）证言：1994 年二人将东租冀办的财务账簿交给张铁梦，后不知什么原因丢失。

9. 证人郑荫远（河北省政府副秘书长）、白战军（河北省政府办公厅贸易处处长）、安素坦（河北省经贸委干部）证言：经调查东租冀办财务账簿下落不明。

10. 证人徐士实（北京环京商贸公司工作人员）证言：1994 年 6 月底，吴庆五让其汇给东租冀办人民币 308 万元。

11. 证人李军证言：1996 年初，李真讲北京西什库的住房是吴庆五送的。在居住期间，交水电费都写李真母亲杨淑贤的名字。后李真说中纪委查他，要其把所有“杨淑贤”的名字都改成“李军”。

12. 《东租冀办企业档案》、《东方租赁有限公司与河北省人民政府生产办公室来往函》等书证证实：1985 年 12 月东租冀办成立，张铁梦先后受河北省经委、河北省政府生产办公室委派负责东租冀办工作。

13. 河北省证券公司代理发行短期融资券协议证实：张家口卷烟厂经河北省人民银行批准发行短期融资券人民币 5 000 万元。

14. 河北省财政厅转账凭证、卖出外币证明书、东租冀办记账凭证等书证证实：1992 年 10 月 5 日、12 月 21 日，东租冀办两次从河北省财政厅购买外汇额度 500 万美元。

15. 银行进账单、票汇委托书及世通公司记账凭证等书证证实：1992 年 10 月 23 日和 1993 年 2 月 6 日，世通公司收到东租冀办汇来的人民币 2 000 万元，并将后收到的 1 000 万元转汇到北京河北饭店商务中心。

16. 世通公司付款委托书、银行转账支票、票汇委托书、世通公司记账凭证等书证证实：1991 年 12 月 20 日、23 日，世通公司付给北京环京商贸公司人民币 1 180 万元。

17. 北京低压电器厂家委会登记表记载：位于该厂的 19 楼 1 门 403 室户主栏有杨淑贤和李军的名字。

18. 河北省涉案物品价格鉴定中心鉴定书记载：位于北京低压电器厂宿舍楼 19 楼 1 门 403 室房产市场价格为 51.671 万元。

被告人李真供述内容，与上述证人证言、书证、鉴定结论等证据能够相互印证。

（二）1992 年 11 月，东租冀办出资 250 万美元，以河北中兴渤海实业开发总公司和美国大唐工业有限公司（以下简称大唐公司）、德国豪斯曼公司的名义注册成立了中外合资经营企业中兴电子公司。1993 年 4 月，德国豪斯曼公司将其持有的股份转让给大唐公司。股权变更后，河北中兴渤海实业开发总公司持股 55%、大唐公司持股 45%，张铁梦任董事长兼总经理。

1993 年底，被告人李真与吴庆五、张铁梦商议均分中兴电子公司股份，并将股份转入吴庆五注册的香港力龙有限公司，由吴庆五代表三人持有。1994 年 3 月，张铁梦与吴庆五在秦皇岛市签署了将中兴电子公司全部股份无偿转让给香港力龙有限公司的协议。因河北省经贸委未批准该协议，张铁梦又将协议内容改为将大唐公司持有的股份无偿转让给香港力龙有限公司，并授意张铁桥伪造了中兴电子公司第三届第二次董事会决议，修改了股份转让协议和企业章程、合同。1994 年 12 月，张铁梦将大唐公司在中兴电子公司持有的价值人民币571.600 012 万元股份全部无偿转让给香港力龙有限公司，并办理了相关的股份转让和股东变更手续，吴庆五任董事长，张铁桥任副董事长。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人张铁梦证言：1993 年 10 月份，其与李真、吴庆五商定将中兴电子公司的股份转给吴庆五，由吴庆五代表 3 人持有股份。1994 年下半年，其将大唐公司在中兴电子公司的股份转到香港力龙有限公司名下，并办理了有关手续。

2. 证人张铁桥证言：1994 年张铁梦让其起草了将大唐公司在中兴电子公司的股份全部转让给香港力龙有限公司的相关材料。

3. 证人吴庆五证言：1992 年 7、8 月份，其在香港注册了香港力龙有限公

司。1994 年 9 月、10 月份，其按照 3 人商定，与张铁梦签署了股份转股协议，将大唐公司在中兴电子公司的股份转让给香港力龙有限公司，其任董事长。

4. 证人李涵葵、高扬隽（原中兴电子公司董事）证言：未参加过关于大唐公司将股份转让给香港力龙有限公司的董事会会议，检察机关出示的董事会决议上的签名不是其本人所签。

5. 证人蔡风华（原东租冀办会计）证言：张铁梦让其给中兴电子公司汇入 250 万美元，作为该公司的注册资金。

6. 中国银行石家庄分行外汇汇款申请书、秦皇岛分行进账单证实：东租冀办分 4 次汇给中兴电子公司 250 万美元。

7.《秦皇岛经济技术开发区管理委员会关于中兴电子公司股权转让的批复》证实：该委批准大唐公司将其在中兴电子公司占有的 45%股份全部转让给香港力龙有限公司，由吴庆五任董事长。

8. 中兴电子公司的资产负债表证实：截止到 1994 年 12 月 31 日，中兴电子公司的净资产为 1 270.222 252 元。

9. 被告人李真在侦查期间供述：吴庆五下海前，其和张铁梦、吴庆五就有一个共同目标，其在政界，张铁梦在国企，吴庆五在商界，各有优势，优势互补。张铁梦多次让其和吴庆五参股爱尔兰企业及其他公司。关于中兴电子公司的股份，其三人以前有原则上的议论，比照爱尔兰企业分股的“三一三十一”原则，由张铁梦、吴庆五具体办理。

（三）1992 年 12 月，河北省人民政府批准了省政府生产办公室《关于收购爱尔兰大西洋磁性有限公司并在当地办厂的请示》，决定以河北省政府生产办公室所属的秦皇岛华美磁电有限公司名义收购并接管爱尔兰大西洋磁性有限公司，张铁梦任接管团副团长。1993 年 1 月，东租冀办出资 250 万美元，以秦皇岛华美磁电有限公司的名义，购买了爱尔兰大西洋磁性有限公司，更名为尼瓦利斯有限公司，由张铁梦和秦皇岛华美磁电有限公司法人代表吴长海出任股东，各持有 50%的股份。

1993 年 10 月，被告人李真与张铁梦、吴庆五商议均分尼瓦利斯有限公司的股份，并转入香港力龙有限公司，由吴庆五代表三人持有。1994 年初，吴庆五与张铁梦到爱尔兰都柏林的会计事务所签署了将张铁梦在尼瓦利斯有限公司持有的股份（价值 41.581 95 万爱尔兰镑，折合人民币 522.832 772 万元）无偿转让给香港力龙有限公司的法律文件，后由张铁梦在爱尔兰公司注册署进行了股东变更登记，吴庆五任董事。1995 年 4 月、5 月间，张铁梦将尼瓦利斯有限公司的 30 万美元以货款的形式汇到香港力龙有限公司。吴庆五按李真的要求汇入李真妻子

杨莉莉在新加坡的银行账户 10 万美元（折合人民币 84.102 万元），另 20 万美元吴庆五个人占有。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证明：

1. 证人张铁梦证言：1992 年下半年，省政府批准购买爱尔兰大西洋磁性材料公司后，东租冀办出资 250 万美元购买了该公司。在其被释放后，吴庆五、李真提出到爱尔兰企业参股，由吴庆五代表 3 人持有股份。考虑到李真、吴庆五在其困难时期帮过忙，其表示同意。1994 年初，其与吴庆五到爱尔兰办理了股权转让、变更登记手续。1995 年 4 月、5 月间，李真、吴庆五多次催其分红，其汇给香港力龙公司 30 万美元。

2. 证人吴庆五证言：东租冀办购买爱尔兰企业后，李真要求张铁梦给其与李真股份。经张铁梦同意，其和张铁梦到爱尔兰办理了股份转让手续。1995 年 5 月、6 月间，收到张铁梦汇来的 30 万美元，按照李真的要求将 10 万美元汇到新加坡杨莉莉的账户。

3. 证人蔡风华（原东租冀办会计）证言：1992 年 11 月，其按张铁梦的要求向爱尔兰汇款 250 万美元。

4. 爱尔兰公司注册署董事和秘书的变更通知证实：张铁梦辞去尼瓦利斯有限公司董事职务后，由吴庆五任董事。

5. 尼瓦利斯有限公司资产负债表证实：截止到 1994 年 1 月 31 日，爱尔兰尼瓦利斯有限公司净资产为 83.163 9 万爱尔兰镑。

6. 被告人李真在侦查期间供述：1993 年初，吴庆五下海之前，张铁梦让其与吴庆五到张的公司参股。谈到爱尔兰的企业时，张铁梦讲企业效益很好，一定能赚钱，并讲其（李真）直接参股不合适。吴庆五讲，如果不方便，把股份记在吴的名下，到时与其平均分红。

综上，被告人李真伙同他人侵吞东租冀办公款人民币 1 872 万元、中兴电子公司 45%股份（价值人民币 571.600 012 万元）、尼瓦利斯公司 50%股份（价值 41.581 95 万爱尔兰镑，折合人民币 523.832 773 万元），共计折合人民币 2 967.432 785万元。其中，李真分得 25 万美元（折合人民币 209.316 4 万元）、10 万元人民币和价值人民币 51.671 万元的住房 1 套。案发后，追缴赃款41.609 307万美元。

原判决认为，被告人李真身为国家工作人员，在担任中共河北省委办公厅秘书、副主任、河北省国家税务局副局长、局长期间，利用职务上的便利，接受他人请托，为他人谋取利益，索取、非法收受他人财物人民币 676.658 4 万元、美元 16.57 万元，共计折合人民币 814.816 4 万元，其行为已构成受贿罪。被告人

李真受贿数额特别巨大，情节特别严重，虽然主动坦白了部分受贿犯罪事实，认罪态度较好，但不足以对其从轻处罚。被告人李真与吴庆五、张铁梦相勾结，利用张铁梦受国家机关委派到非国有公司从事公务的职务便利，共同侵吞东租冀办人民币 1 872 万元、中兴电子公司价值人民币 571.600 012 万元的股份、尼瓦利斯有限公司价值人民币 523.832 773 万元的股份，共计人民币2 967.432 785万元，被告人李真从中分得 25 万美元、10 万元人民币和价值人民币 51.671 万元住房 1 套，共计人民币 270.987 4 万元，其行为已构成贪污罪，且贪污数额特别巨大，情节特别严重，应依法惩处。鉴于被告人李真对贪污犯罪有自首情节，依法对其贪污犯罪可从轻处罚。以受贿罪判处被告人李真死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，以贪污罪判处其死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；扣押在案的赃款、赃物予以没收，不足部分继续追缴。

被告人李真上诉主要提出：

（1）没有为张铁梦谋取利益，张铁梦的凌志 400 轿车是借用，卖车后所得 60 万元也是借用，张铁梦所送 1 万美元属私人往来，兑换美元时少付张铁梦 22 万元是借款。

（2）认定收受秦天财物与事实不符，50 万元与阳明广场住房均是借用。

（3）收取王倩倩 290 万元人民币是替王将款存于香港渣打银行。

（4）收受李国庭 5 万美元是出于其与李国庭之间的友谊。

（5）收受苏尚杰 9 千美元和李培科 4 万美元是借款。

（6）认定收受赵伟人民币数额不准，不是 60 万，而是 22 万。

（7）为王倩倩联系唐山百货大楼装修工程、为卢鹰、刘建忠联系贷款，没有利用职务上的便利，为 3 人谋取的不是不正当利益，不构成受贿罪。

（8）收受张铁桥信用卡不是索贿，而是欠款，且 10 万元已归还中兴公司。

（9）认定其犯贪污罪属定性错误，不构成贪污共犯。

（10）主动交代了大部分受贿犯罪事实，依法应从轻处罚。

（11）劝说同监号在押人员交代余罪，并向看守所及时汇报情况，应认定为重大立功；上诉后自己有揭发他人犯罪的立功表现，应从轻或减轻处罚。

其辩护人王强、冯增书提出：

（1）张铁梦 1993 年 10 月被解除强制措施，系检察机关的司法行为，非李真利用职务上的便利。

（2）李国庭所送 5 万美元，缺乏李真为李国庭谋取利益的要件。

（3）认定李真让张铁桥办理信用卡消费 10 万元属于索贿，缺乏事实根据。

（4）秦天的50万元及阳明广场住房的认定，不具有法律上的排他性。

（5）李真收受赵伟是60万元还是22万元说法不一致，应做出有利于发被告人的认定。

（6）介绍唐山百货大楼装修工程，为河北大野集团和半边天公司贷款，李真没有利用职务便利。

（7）收受李培科4万美元依现有证据应认定为个人借款，一审判决推定为变相索贿缺乏证据。

（8）贪污罪定性错误，李真不构成贪污罪共犯。

（9）李真有立功表观，并主动交代了大部分受贿犯罪事实，依法应从轻或者减轻处罚，一审以受贿罪判处李真死刑量刑偏重。

经审理查明：原判决认定被告人李真受贿及伙同张铁梦、吴庆五贪污的事实，均有相关证人证言、书证、鉴定结论等证据证实，被告人李真在侦查阶段亦曾有过供述，且与上述证据能够相互印证。上述证据均经一审庭审质证、认证，足以认定。本院均予以确认。

对于上诉人李真所提没有为张铁梦谋取利益，张铁梦的凌志400轿车是借用，买车后所得60万元也是借用，张铁梦所送1万美元属私人往来，兑换美元时少付张铁梦22万元是借款，及其辩护人所提张铁梦被解除强制措施系检察机关的司法行为，非李真利用职务上的便利的上诉理由及辩护意见，经查：张铁梦被采取强制措施后，李真利用其担任省政府办公厅秘书的职务便利，多方进行活动。对此，吴庆五、张铁梦均予以证明，李真在侦查阶段亦曾有过供述。故其上诉及辩护称没有为张铁梦谋利益，证据不足。张铁梦被解除强制措施后，出于感谢为李真购买凌志轿车付款，并送给李真1万美元，以及李真让张铁梦兑换美元时少付给张铁梦人民币22.78万元的行为，其性质属于请托事项明确，事后权钱交易确定的行为，应认定为受贿。后李真将凌志轿车卖出得款60万元，李真让杨莉莉将此两笔款存入新加坡银行，进一步印证了这一行为个人收受、占有的性质。因此，李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

对于上诉人李真所提收受张铁桥信用卡不是索贿，而是欠款，且10万元已归还中兴公司，及其辩护人所提认定李真让张铁桥办理信用卡消费10万元属于索贿缺乏事实根据的上诉理由及辩护意见，经查：李真向张铁桥索要信用卡的事实，张铁桥、张铁梦均予以证明，李真在侦查阶段亦曾有过供述，足以认定。秦皇岛中兴电子有限公司账目及会计证言虽均显示此款为借款，且卷中还有李真化名为韩叙的还款条，但李真使用此信用卡供个人消费长达5年之久，其归还此款又是在得知纪律检查机关调查此信用卡之后，故李真的还款行为不影响该起事实

性质的认定。因此，李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

对于上诉人李真所提收受李国庭5万美元是出于其与李国庭之间的友谊及其辩护人所提此笔缺乏李真为李国庭谋取利益的要件的上诉理由及辩护意见，经查：李国庭送给李真5万美元，目的是利用李真担任省委办公厅秘书和省委办公厅副主任的身份，对其给予关照。李真亦利用其职务便利在一定程度上巩固、加深了李国庭的地位和影响，应认定为他人谋取利益。李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

对于上诉人李真所提认定收受秦天财物与事实不符，50万元和阳明广场的住房均为借用及其辩护人所提此笔不具有法律上的排他性的上诉理由及辩护意见，经查：李真在担任省委办公厅秘书期间，利用其职务便利和其对张铁梦的影响，让东租冀办借款给天都公司，并通过秦天向天都公司索要人民币50万元的事实，及李真让秦天为其支付100万元购房款的事实，有秦天、魏杰、曹国俊、张铁梦等的证言证明，李真在侦查阶段亦曾有过供述，能够形成完整的证据链条，足以认定。因此，李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

对于上诉人李真所提认定收受赵伟人民币数额不准，不是60万元，而是22万元及其辩护人所提此笔受贿数额应做出有利于被告人的认定的上诉理由及辩护意见，经查：赵伟证言证明，其先后12次送给李真人民币共计60万元，李真在侦查期间亦曾供述先后收受赵伟人民币60万元左右，且供证能够相互印证，故李真收受赵伟人民币60万元的事实应予认定。李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

对于上诉人李真所提收取王倩倩290万元人民币是替王将款存入香港渣打银行的上诉理由，经查：王倩倩是按照与李真事先约定的比例，从施工单位提取中介费均分后，将290万元交给李真，李真将此款兑换成美元，并以自己和家人的名义存在香港渣打银行，故上诉称是替王倩倩存款的理由，与事实不符。

对于上诉人李真及其辩护人所提为王倩倩联系唐山百货大楼装修工程、为卢鹰、刘建忠联系担保、贷款，没有利用职务上的便利，并且为3人谋取的不是不正当利益，不构成受贿罪的上诉理由及辩护意见，经查：李真在为王倩倩联系工程、为卢鹰、刘建忠联系担保、贷款时，其职务为省委办公厅副主任，对所涉相关单位的领导人均有一定的职务影响，系利用职务便利为他人谋取利益。因此，李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

对于上诉人李真所提收受苏尚杰9千美元和李培科4万美元是借款，及其辩护人所提收受李培科4万美元应认定为个人借款，一审判决推定为变相索贿缺乏证据的上诉理由及辩护意见，经查：李真利用其担任河北省国税局局长的职务便

利，为苏尚杰和李培科谋取利益后，以急需用钱为名，让苏尚杰为自己兑换美元、向李培科借款，而事后又没有任何归还的行为和意思表示，是实质上以兑换美元、借款为名的索贿行为。因此，李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

对于上诉人李真及其辩护人所提认定李真犯贪污罪属定性错误，不构成贪污共犯的上诉理由及辩护意见，经查：李真伙同张铁梦、吴庆五，利用张铁梦职务上的便利，共同侵吞中国东方租赁公司河北办事处人民币 1 872 万元及采取非法转让、变更股权登记的手段侵吞、非法占有公共财产总计价值折合人民币 1 095.432 785万元，3 人均具有共同贪污的故意，实施了共同贪污的行为，且事后李真分得 25 万美元、10 万元人民币和价值 57.671 万元人民币的住房一套。因此，李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

上诉人李真在上诉中检举王福友、程慕阳等人在筹建河北大厦过程中共同贪污公款，港商韩风瑞送给程慕阳一部凌志 400 型轿车和北方国际广告有限公司北京分公司一半股份。此外，李真上诉及其辩护人辩词还提出，李真在羁押期间有动员同监人犯坦白杀人犯罪的立功行为，应从轻、减轻处罚。经查：李真在羁押期间，促其同监在押人员主动交代犯罪的行为，不属于刑法规定的“立功”表现；李真检举揭发他人的犯罪行为，有的虽已构成犯罪，但已被侦查机关掌握，有的不构成犯罪，其检举揭发行为不构成立功。因此，李真及其辩护人的该上诉理由及辩护意见不能成立。

本院认为，上诉人李真在 1994 年初至 2000 年春节期间，利用担任河北省政府办公厅秘书、河北省委办公厅秘书、副主任、河北省国家税务局副局长、局长的职务便利，接受他人请托为他人谋取利益，索取、非法收受他人财物共计人民币 676.658 4 万元、美元 16.57 万元，折合人民币 814.64 万元，其行为已构成受贿罪。上诉人李真被司法机关采取强制措施后，主动坦白了部分受贿犯罪事实，认罪态度较好，可以认定，但其受贿数额特别巨大，情节特别严重，不足以从轻处罚。上诉人李真伙同他人共同贪污中国东方租赁公司河北办事处人民币 1 872 万元及采取非法转让、变更股权登记的手段侵吞、非法占有公共财产总计价值折合人民币 1 095.432 785 万元，共计人民币2 967.432 785万元，李真从中分得 25 万美元、10 万元人民币和价值人民币 51.671 万元住房一套，共计人民币 270.987 4 万元，其行为已构成贪污罪，且贪污数额特别巨大，情节特别严重。在共同贪污犯罪中，李真与张铁梦、吴庆五均有共同贪污的故意，有共谋行为，且事后分得款物。其对贪污犯罪有自首情节，依法可对其贪污罪从轻处罚。综上，原判决认定事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，审判程

序合法，上诉人李真无法定从轻、减轻处罚情节。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第（1）项、第200条第2款和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第279条的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定依法报请最高人民法院核准。

审判长：魏健
审判员：王慧奇
审判员：商建富
审判员：刘志廷
代理审判员：李向东
2003年10月6日
书记员王家航（兼）

# 附录三：

## 中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书

（2003）刑复字第209号

被告人李真，男，1962年5月29日出生，汉族，河北省张家口市人，大专文化，原系河北省国家税务局局长，曾任河北省人民政府办公厅秘书、中共河北省委办公厅秘书、副主任、河北省国家税务局副局长，住河北省石家庄市平安南大街省国税局宿舍5栋2单元301号。2000年3月30日被逮捕。现在押。

河北省唐山市中级人民法院审理唐山市人民检察院指控被告人李真犯受贿罪、贪污罪一案，于2002年8月30日作出（2002）唐刑初字第58号刑事判决，认定被告人李真犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯贪污罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，被告人李真不服，提出上诉。河北省高级人民法院于2003年10月6日以（2002）冀刑二终字第69号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请本院核准。本院依法组成合议庭，对本案进行了复核。合议庭评议后，经审判委员会第1297次会议讨论并作出决定。现已复核终结。

经复核查明：

### 一、受贿事实

1. 1993年10月，被告人李真利用担任中共河北省委办公厅（以下简称省委办公厅）秘书的职务便利，为中国东方租赁有限公司河北省办事处（以下简称东租冀办）主任张铁梦（另案处理）因涉嫌挪用公款犯罪被司法机关采取强制措施一事进行活动，致张铁梦被解除强制措施。此后，李真收受张铁梦人民币62万元、美元1万元，并向张铁梦索要人民币22.78万元。

2. 1994年3月，被告人李真利用担任省委办公厅秘书的职务便利，向秦皇岛中兴电子有限公司副总经理张铁桥（另案处理）索要了1张个人消费信用卡，消费卡内资金人民币9.954 4万元。后因纪检部门调查此事，李真将卡退还，并

退给张铁桥人民币 10 万元。

3. 1994 年 12 月，被告人李真先后利用担任省委办公厅秘书、副主任的职务便利，帮助张家口卷烟厂厂长李国庭（另案处理）求得有关领导的信任和支持，收受李国庭美元 5 万元。

4. 1994 年初至 1996 年初，被告人李真先后利用担任省委办公厅秘书、河北省国家税务局（以下简称省国税局）副局长的职务便利，帮助广西北海天都房地产开发公司借款 172 万美元；将河北省税务系统税务数据采集器项目交由深圳桑利通电子有限公司承作。李真从中收受广西北海天都房地产开发公司人民币 50 万元；收受深圳桑利通电子有限公司人民币 100 万元。

5. 1994 年至 1997 年，被告人李真利用担任省委办公厅秘书、副主任和省国税局副局长、局长的职务便利，为河北省人民政府驻北京办事处商品部承包经理赵伟（另案处理）在张家口卷烟厂办理购买紧俏香烟批条 61 份。赵伟从张家口卷烟厂购买各种香烟 9 628 箱，非法经销牟利后，分次送给李真人民币共计 60 万元。后因张家口卷烟厂办理上述批条的负责人牵涉刑事案件，李真恐事情败露，退给河北省人民政府驻北京办事处人民币 22 万元。

6. 1994 年，被告人李真利用担任省委办公厅秘书的职务便利，接受河北省保定市高碑店电力局局长孙长春（另案处理）的请托，多次找保定地区有关领导要求对孙提拔使用。后孙长春晋升为涞水县副县长。为此，李真向孙长春索要了购买 1 把按摩椅的价款人民币 3.98 万元。

7. 1995 年 5 月，被告人李真利用担任省委办公厅副主任的职务便利，向河北大野集团总裁卢鹰（另案处理）索要了 1 张长城信用卡，消费卡内资金人民币 1.944 055 万元。同年 12 月，李真应卢鹰的请托，让河北省石家庄市国棉二厂为大野集团在中国银行河北分行办理人民币 1 000 万元承兑汇票提供了担保。后李真收受卢鹰人民币 10 万元。

8. 1995 年 10 月至 1998 年 12 月，被告人李真先后利用担任省委办公厅副主任和省国税局副局长、局长的职务便利，通过唐山市有关领导使唐山市百货大楼条式楼 C 段装修工程交由北京市建筑工程装饰公司承建；将省国税局北戴河培训中心工程交由中铁 12 局集团海南振海有限公司承建；将省国税局承德培训中心工程以议标的形式交由海南泛华工程有限公司承建；将衡水市国税局培训中心工程交由中海工程建设总局承建。李真从中收受北京市建筑工程装饰公司人民币 15 万元、中铁 12 局集团海南振海有限公司人民币 75 万元、海南泛华工程有限公司人民币 170 万元及由他人为中海工程建设总局垫付的人民币 45 万元。

9. 1995 年 11 月，被告人李真利用担任省委办公厅副主任的职务便利，促使

省市有关领导解决石家庄市半边天保健品公司贷款问题，使该公司从石家庄城市合作银行贷款人民币 1 000 万元、从中国工商银行石家庄市支行贷款人民币1 000 万元。后李真收受该公司美元 2 700 元。

10. 1996 年 6 月至 1999 年 6 月，被告人李真利用担任省国税局副局长、局长的职务便利，将河北省人民政府驻沈阳办事处主任许建恩（另案处理）调入省国税局，并先后调任承德市国税局局长、邯郸市国税局局长。李真先后 3 次共收受许建恩美元 4 000 元、人民币 1 万元。

11. 1998 年 4、5 月，被告人李真利用担任省国税局局长的职务便利，授意石家庄市国税局负责人将该局办公楼工程交由南京市第二建筑公司石家庄分公司承建。同年 12 月，李真经他人向南京市第二建筑公司石家庄分公司索要人民币 40 万元，兑换 5 万美元。

12. 1998 年，被告人李真利用担任省国税局局长的职务便利，承诺河北省第三建筑公司第十分公司承建河北省廊坊市国税局培训中心工程，通过他人以中介费名义向该公司索要了人民币 50 万元。1999 年 7 月 8 日，廊坊市国税局在李真的授意下，将上述工程交由河北省第三建筑公司第十分公司承建。

13. 1998 年底，被告人李真利用担任省国税局局长的职务便利，接受温州市杰恒有限公司经理苏尚杰的请托，指使省国税局征管处将本局税务登记证制作项目交由该公司承作。后李真两次向苏尚杰共索要美元 9 000 元。

14. 1999 年 9 月，被告人李真利用担任省国税局局长的职务便利，接受北京市科信实业公司经理李培科的请托，指使邢台市国税局将该局培训中心工程交由南京市第一建筑工程公司承建。后李真向李培科索要美元 4 万元。

综上，被告人李真利用职务上的便利，为他人谋取利益，非法索取、收受他人人民币 676.658 4 万元、美元 16.57 万元，共计折合人民币 814.816 4 万元。

## 二、贪污事实

1. 1992 年 8 月，被告人李真在担任河北省人民政府办公厅秘书期间，得知河北省财政厅有 500 万美元的外汇额度，便通过张家口卷烟厂从河北省财政厅申请到该外汇额度，并让东租冀办以张家口卷烟厂代理商的名义办理此事。东租冀办以人民币 2 994.65 万元调汇 500 万美元，按当时国家的外汇牌价与市场价格的差价，可获利人民币 2 000 万元。此后，东租冀办副主任张铁梦将东租冀办公款分别借给河北省人民政府办公厅副主任吴庆五和海南世通房地产开发有限公司（以下简称世通公司）人民币各 1 000 万元。

自 1993 年 5 月始，被告人李真多次找已任东租冀办主任的张铁梦和吴庆五

商议分占东租冀办通过调汇可获利的人民币 2 000 万元，并提议将该人民币2 000 万元冲抵上述两项借款，将借给世通公司的人民币 1 000 万元转给吴庆五，由张铁梦负责销毁借款合同和作平账目。随后，世通公司按照要求将借款人民币 1 000万元和应付利息人民币汇入吴庆五指定的账户。吴庆五按照张铁梦的要求将应付给东租冀办的借款本息共计人民币 2 000 余万元，仅汇入东租冀办账户人民币 308 万元，以供作平账目。1994 年 6 月，东租冀办撤销，张铁梦藏匿账目，隐瞒了吴庆五和世通公司借款人民币 2 000 万元的事实，并将已作平账目的情况向李真作了说明。吴庆五将实际占有的人民币 1 872 万元用于投资经商。事后，李真从吴庆五处分得美元 15 万元、人民币 10 万元和价值人民币 51.671 万元的房屋 1 套。

2. 1992 年 11 月，东租冀办出资 250 万美元，由张铁梦经手以河北中兴渤海实业开发总公司的名义，并假借美国大唐工业有限公司（以下简称大唐公司）和德国豪斯曼公司的名义注册登记了中外合资经营企业秦皇岛中兴电子有限公司（以下简称中兴公司）。1993 年 4 月，张铁梦又办理股权变更手续，将德国豪斯曼公司名义上持有的股份转让给大唐公司，使以国有资产出资的中兴公司的股份由河北省中兴渤海实业开发总公司持有 55%、大唐公司持有 45%。

1993 年底，被告人李真向张铁梦、吴庆五提出 3 人分占中兴公司股份，并提议将股份转入吴庆五注册的香港力龙有限公司，由吴庆五代表 3 人持有。1994 年 11 月，张铁梦为了将名义上由大唐公司持有的 45%股份（价值人民币 571.600 012 万元）无偿转让给香港力龙有限公司，授意其弟张铁桥伪造了中兴公司第三届第二次董事会决议，修改了股份转让协议和企业章程、合同。同年 12 月，张铁梦办理了将大唐公司持有的 45%股份转让给香港力龙有限公司的手续和股东变更手续。

3. 1992 年 12 月，河北省人民政府批准省政府生产办公室所属的秦皇岛华美磁电有限公司收购并接管爱尔兰大西洋磁性有限公司。1993 年 1 月，东租冀办出资美元 250 万元，以秦皇岛华美磁电有限公司的名义，购买了爱尔兰大西洋磁性有限公司，更名为尼瓦利斯有限公司，由张铁梦和秦皇岛华美磁电有限公司法定代表人吴长海出任股东，各持有 50%的股份。

1993 年 10 月，被告人李真向张铁梦、吴庆五提出分占尼瓦利斯有限公司的股份，并提议将股份转入香港力龙有限公司，由吴庆五代表 3 人持有。1994 年初，吴庆五与张铁梦到爱尔兰都柏林的会计事务所签署了将尼瓦利斯有限公司名义上由张铁梦持有的 50%股份（价值爱尔兰镑 41.581 95 万元，折合人民币 523.832 773 万元）无偿转让给香港力龙有限公司的法律文件，后由张铁梦在爱

尔兰公司注册署进行了股东变更登记，吴庆五任董事。1995 年 5 月，张铁梦将该公司的 30 万美元以分红的形式汇入香港力龙有限公司，吴庆五自己占有 20 万美元，给李真 10 万美元。

综上，被告人李真伙同他人侵吞东租冀办公款人民币 1 872 万元、中兴公司 45％股份（价值人民币 571.600 012 万元）、尼瓦利斯有限公司 50％股份（价值折合人民币 523.832 773 万元），共计折合人民币2 967.432 785万元。其中李真分得美元 25 万元（折合人民币 209.316 4 万元）、人民币 10 万元和价值人民币 51.671 万元的住房 1 套。

案发后，从李真处追缴赃款美元 41.609 307 万元。

上述事实，有物证、书证、证人证言及鉴定结论证实，被告人亦供认，足以认定。

本院认为，被告人李真身为国家工作人员，利用职务上的便利，接受他人请托，为他人谋取利益，非法索取、收受他人财物，其行为已构成受贿罪。李真受贿数额特别巨大，并有多次索贿的法定从重处罚情节，且为部分请托人谋取非法利益，大部分赃款未退回，其行为严重侵害了国家公职人员职务行为的廉洁性，损害了国家公职人员的声誉，破坏了国家机关的正常工作秩序，给党和国家造成极为恶劣的社会影响，犯罪情节特别严重，危害极大，应依法严惩；李真归案后虽有坦白司法机关尚未掌握的部分受贿犯罪的酌定从轻处罚情节，但李真罪恶深重，法不容留，应依法判处其死刑。李真与吴庆五、张铁梦相勾结，利用张铁梦的职务便利，共同侵吞公共财产的行为，已构成贪污罪，贪污数额特别巨大；在共同犯罪中，李真是犯意的提起者，实施犯罪的策划者，犯罪情节特别严重，论罪应判处死刑。鉴于李真因受贿被查处后主动交代了司法机关不掌握的与他人共同贪污犯罪，具有自首情节，对其判处死刑，可不立即执行。一审判决、二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 199 条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 285 条第（1）项的规定，裁定如下：核准河北省高级人民法院（2002）冀刑二终字第 69 号维持一审对被告人李真以受贿罪判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以贪污罪判处死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事裁定。

本裁定送达后即发生法律效力。

# 龚建平受贿案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、关于司法介入黑哨行为的争论
六、关于黑哨行为的刑法定性问题
七、关于“为他人谋取利益”要件的问题
八、结语
附录一：北京市宣武区人民法院刑事判决书
附录二：北京市第一中级人民法院刑事裁定书

## 一、选案理由

龚建平受贿案，又称“足球黑哨案”，自被新闻媒体曝光后，社会各界反响极为强烈，一时各地针对足球腐败的反黑风暴风起云涌。此中不独公众看法不一、观点相左，即便是我国刑事法学界和司法实务界也是聚讼纷纭、莫衷一是。虽然最终引起司法介入，对当事人龚建平以受贿罪判决了事，但是对黑哨案的争论却远未平息。这是我国司法介入足球腐败或者说体育腐败的第一案，颇受社会各界瞩目。而其中对于司法是否应当介入足球腐败、龚建平的“黑哨”行为如何定性以及其是否构成受贿罪等问题则是公众关心的焦点。2003 年 3 月 28 日，喧嚣一时的龚建平受贿案终于以龚建平受贿罪成立和 10 年有期徒刑为结果而落下帷幕。2004 年 7 月 11 日上午，龚建平在北京 304 医院去世，社会普遍认为龚系因心情抑郁而致病。此案的意义已经远远超出了案件审理结果本身，一是它表明

打击足球“黑哨”行动终于进入了司法程序，对足球界乃至体育界的不正之风乃至腐败行为是一巨大的威慑，人们长期盼望的“以法律威严护体育公正”的愿望有望得到逐步实现；二是它引发了一场受全社会关注的法律大讨论，从而推动了法律的完善，对我国的法制建设和体育事业良性发展都将产生积极影响。因此，该案入选本书。

## 二、基本案情

龚建平，原系首都体育学院教师，1982 年经北京市足协批准成为国家一级足球裁判员；1992 年 3 月被原国家体委批准为国家级足球裁判员；2001 年 1 月由中国足协推荐，被国际足联批准为国际级裁判员。先后参与过多场中国足协组织的中国足球甲级联赛。后因涉嫌犯公司、企业人员受贿罪，于 2002 年 3 月 15 日被羁押，同年 4 月 17 日被逮捕。

北京市宣武区人民检察院指控：被告人龚建平于 2000 年至 2001 年期间，受中国足球协会指派，在全国足球甲级队 A 组 B 组联赛中，利用担任主裁判员的职务便利，先后 9 次非法收受参赛方青岛颐中海牛、上海申花、浙江绿城、大连实德、山东鲁能、江苏舜天足球俱乐部给予的财物，共计人民币 385 000 元。北京市宣武区人民检察院向北京市宣武区人民法院移送了该案的证人证言、书证等证据，认为被告人龚建平在受中国足球协会指派担任全国足球联赛裁判员期间，利用担任主裁判的职务便利，非法收受参赛方足球俱乐部给予的贿赂款，数额巨大，其行为破坏了企业的正常管理活动和社会主义市场经济秩序，触犯了《中华人民共和国刑法》第 163 条第 1 款之规定，已构成企业人员受贿罪，提请北京市宣武区人民法院依法惩处。

## 三、裁判要旨

根据《中华人民共和国体育法》的规定，全国足球甲级联赛作为全国单项体育竞赛由中国足球协会负责管理，龚建平受中国足球协会指派在全国足球联赛中执裁，属于《刑法》第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，依法应以国家工作人员论。利用执裁的职务之便，接受请托并收受钱款，数额巨大，应以受贿罪论处。

## 四、引发的理论问题

被告人龚建平及其辩护人王冰、侯冀雁在一审中提出如下辩护意见：

（1）被告人龚建平的身份及行为不符合《刑法》关于企业人员受贿罪主体和

犯罪客观方面的规定。中国足球协会是在民政机关登记注册的受国家体育总局主管的全国足球专项体育社会团体法人，不是企业；被告人龚建平受中国足球协会选派，担任全国足球甲级队 A 组 B 组联赛的裁判员，不属于企业工作人员；虽然收受他人财物，但没有利用担任主裁判的职务便利为他人谋取利益；检察机关指控其犯有企业人员受贿罪不能成立，被告人龚建平的行为不构成犯罪。

（2）在龚建平收受方信忠给予的人民币 8 万元时，由于方信忠明确告知其中包含有给两名助理裁判员的部分钱款，龚建平分给两名助理裁判员的 1.5 万元应予扣除。

龚建平及其辩护人在二审中提出的辩护意见为：

（1）原审法院更名判罪违反立案侦查的管辖规定；所做出的有罪判决未给被告人及辩护人提供针对受贿罪的辩解和辩护机会。

（2）认定龚建平属于其他依照法律从事公务的人员，无事实和法律依据。足协作为社会团体法人组织，不具有国家公共事务管理职能，龚建平的工作属于劳务合同，确定其具有国家工作人员身份不符合事实。

（3）龚建平虽收受了财物，但没有为他人谋取利益，不具备受贿罪的客观要件，不构成犯罪。应对龚建平宣告无罪。

此外，刑法学界的一些著名学者也对本案提出了专家意见：虽然从中国足球协会的人员编制、活动经费的来源及其实际履行的职能上看，不能否认其属于国有单位，但龚建平既不属于中国足球协会的在编工作人员，也与中国足球协会之间不具有行政隶属关系，而且其在足球赛场上的裁判活动也不具有公务活动的性质，因此，不能认定其具有国家工作人员的身份并进而对其以受贿罪处理；同时，由于中国足球协会不具有企业的法律特征而不属于企业的范畴，及其与龚建平之间不存在企业与其工作人员之间的行政隶属关系，因而也就不能认定龚建平是企业工作人员并进而将其以企业人员受贿罪追究刑事责任。因此，建议有关司法机关本着严格执法、公正执法的现代法治原则，依照有错必纠、保障无罪的人不受刑事责任追究的法律要求，依法做出龚建平无罪的处理。

综观上述本案基本案情及控、辩、审三方的意见，笔者认为，对于本案的审理和判决，有如下三个问题争议最为激烈：

### （一）关于黑哨行为司法应否介入的争论

对于足球“黑哨”问题，司法是否应予介入，社会各界也是难有定论。反对介入者认为：“黑哨”尚未达到我国刑法所要求的严重的危害社会的程度，本着刑法谦抑的原则，只要能够完善行业管理制度和加强行业自律机制，即可收到预防和遏制足球“黑哨”的功效，而完全没有必要动用刑法这一最严厉的强制手

段；支持司法介入者则认为：足球“黑哨”具有严重的社会危害性，已然达到了触犯刑律的地步。在依法治国的今天，任何人和单位都没有超越法律的特权，也不存在所谓的“法律飞地”。

**（二）对龚建平黑哨行为定性的争议**

龚建平及其辩护人认为，中国足球协会是在民政机关登记注册的受国家体育总局主管的全国足球专项体育社会团体法人，被告人龚建平受中国足球协会选派，担任全国足球甲级队A组、B组联赛的裁判员，不属于企业工作人员，不能按照企业、公司人员受贿罪起诉；也不属于国家工作人员，足协作为社会团体法人组织，不具有国家公共事务管理职能，龚建平的工作属于劳务合同，确定其具有国家工作人员身份不符合事实。鉴于此，公诉机关以公司、企业工作人员受贿罪起诉，法院以受贿罪判决无事实和法律依据。而法院经审理则认为，公诉机关以公司、企业人员对龚建平提起公诉不符合事实和法律，不予支持。但认定龚建平属于“其他依照法律从事公务的人员”，并以受贿罪对其做出判决。双方对于龚建平身份的界定分歧极大，并涉及定罪量刑，不可不细察。

**（三）对于“为他人谋取利益”要件的争议**

龚建平及其辩护人认为，龚建平虽收受了财物，但没有为他人谋取利益，不具备受贿罪的客观要件，不构成犯罪，应对龚建平宣告无罪。而法院则认为，龚建平利用受中国足球协会指派担任全国足球联赛裁判员的职务便利，明知他人有让其在比赛中予以关照的请托，在比赛前和比赛后非法收受他人给予的钱款，无论其在比赛中是否公平执法，均不影响对其受贿行为性质的认定。故依照《刑法》相关规定，对龚建平应处以受贿罪。双方此一争论的实质是关于我国刑法中“为他人谋取利益”要件的地位之争，即该要件究竟是属于受贿罪成就的客观要件还是主观要件，抑或是这个情节的存在对于定罪并非必要要件，无关宏旨。这一认知上或理解上的不同，也关系到被告人龚建平是否可以构成受贿罪，意义重大，也须认真分析。

足球裁判拿赃款、吹黑哨的恶劣行为一经曝光便引起社会各界的广泛关注，“打黑除恶”一夜之间成为人们的共识。人们希望看到中国足球协会重拳出击处理“黑哨”，但是在一个法治社会中，人们心下更希望看到的则是“黑哨”能够被绳之以法。然而，法律是严肃的，是讲规则、讲证据的，有时合情合理的事情就是不合法。因而，我们必须在罪刑法定原则的框架内，对龚建平“黑哨”行为予以准确的定性，不枉不纵。但是，“黑哨”行为在刑法上究竟该如何定性，人们众说纷纭。针对足球黑哨事件所涉的刑法问题，我国理论界及实务界也进行了

热烈的研讨，其中观点纷呈，分歧颇大。为有助于澄清本案所涉刑法问题并促进有关刑法立法与司法的完善，笔者不揣冒昧，就其所涉刑法问题予以研析，权作引玉之砖。

## 五、关于司法介入黑哨行为的争论

“黑哨”自曝光以来，在舆论的推波助澜之下，社会上的“打黑”声浪此起彼伏，多认为仅凭借中国足协的“家法”已是难以奏效，纷纷呼吁司法介入。但是在司法介入的问题上，却始终有着不同的声音。

### （一）争鸣意见

综合我国学界和司法实务界关于“黑哨”问题应否司法介入的讨论，主要有以下几种观点：

（1）司法不应介入，而应由足球协会等行业管理机构处理。司法本来就不应该介入，因为“黑哨”乃至“黑球”等问题本来就属于行业管理的范畴，最多是纪律制裁的问题。

（2）司法不宜介入。因为从应然的角度看，“黑哨”乃至“黑球”等问题过于严重也会给社会造成很大危害，应该动用司法机器，进行刑法干预，只是在目前的制度条件下，刑法干预显得不相宜。持该主张的学者从刑事政策的角度认为，刑法干预的合法性前提不存在，其合理性和有效性也值得质疑。①

（3）司法应该介入。该论者认为，对发生在竞技体育比赛中的黑幕现象，如果触犯了刑律，构成犯罪的，引起刑事司法程序的介入进行查处，是有明确的法律依据的，因而也是无可置疑的。考虑到“黑哨”乃至“黑球”现象的社会危害性和敏感程度，它已经达到了犯罪的程度，应该毫不迟疑地拿起刑法武器予以干预。②

### （二）笔者见解

相较而言，笔者比较认同第三种观点，主张在罪刑法定原则的框架内对“黑哨”行为予以刑法阻击。理由如下：

根据我国《体育法》第 34 条第 1 款的规定：“体育竞赛实行公平竞争的原则。体育竞赛的组织者和运动员、教练员、裁判员应当遵守体育道德，不得弄虚

① 参见卢建平：《刑事政策事业中的“黑哨”问题》，载赵秉志主编：《刑法评论》，法律出版社 2002 年版（第 1 卷）。

② 参见阮方民：《足坛“黑哨”时间引出的若干法律思考》，载赵秉志主编：《刑法评论》，法律出版社 2002 年版（第 1 卷）。

作假、营私舞弊。”黑哨问题明显违反了该规定，已经超越了体育竞赛的范围而成为社会问题，仅靠竞赛规则和行业自律管理是无法去规范和调整的。“黑哨”问题可以说是体育界腐败的一种表现，它具有严重的社会危害性。

（1）“黑哨”最大的危害是对我国《体育法》规定的公平竞争原则的破坏，它使诚实劳动者得不到相应的回报，使弄虚作假者大获其利。“黑哨”败坏了社会风气，打击了公平、平等意识，并直接影响了社会主义物质文明和精神文明建设。

（2）“黑哨”这种行为伤害了许多球迷的感情。球迷作为足球市场的消费者，希望通过公平、精彩的足球比赛，获得精神上的满足，但“黑哨”行为的产生为足球市场的消费者——球迷提供了伪劣产品，使广大球迷遭受了物质上和精神上的双重损失，其结果是许多球迷不愿意再去观看足球比赛，最终受到损害的还是足球业。

（3）“黑哨”问题严重破坏了我国在国际体育界的形象。《德国之声》2002年1月24日发表的《中国足球“黑哨”足以震惊世界》一文说，“中国职业足球在世界上没有什么名气，但他的‘黑哨’却一举成名了。”并且指出，“中国足球协会终于咬着牙承认，许多裁判确实受了贿”。可以说“黑哨”这种行为已经严重影响了我国体育界的国际形象，甚至国家的国际形象。

（4）我国职业足球联赛中的“黑哨”问题已经对其他职业联赛中的裁判产生了恶劣的影响。据报道，我国职业篮球比赛（又称CBA）中也有了“黑哨”问题。最终受损的必然是我国整个体育事业的健康发展。毫无疑问，该种行为具有严重的社会危害性，如果不采取有效的措施予以遏制，长此以往，必将对我国体育事业健康发展和提高造成难以估量的影响。有鉴于此，笔者认为，司法机关理应介入黑哨，“依法治球”，还足坛一片洁净的天空。

## 六、关于黑哨行为的刑法定性问题

毋庸置疑，龚建平作为我国职业足球联赛的裁判员利用手中的权力，索取或者收受球队或者俱乐部的财物，为球队或者俱乐部谋取利益，是一种典型的“权钱交易”行为。这种行为不仅损害了裁判员职务行为的廉洁性，而且严重妨害了我国足球体育事业的健康发展。尤其是近两年来，“黑哨”现象愈演愈烈，由“黑哨”来操纵比赛结果，破坏了足球场上的公平竞争，使得许多守法经营的足球俱乐部的巨大经济投入血本无归，也极大伤害了无数球迷的感情，从而狠狠打击了俱乐部和球迷参与甲A联赛的积极性，进而严重妨害了我国足球职业化的进程，引起了社会舆论的强烈谴责。

### （一）法学界关于该问题的争论

面对社会舆论的压力，2002年2月25日，最高人民检察院发出《依法严肃处理足球“黑哨”腐败问题的通知》要求各级检察机关依法严肃处理足球“黑哨”腐败问题。根据目前我国足球行业管理体制现状和体育法的有关规定，对于足球裁判的受贿行为，可以依照《刑法》第163条的规定，以公司、企业人员受贿罪依法批捕、提起公诉。① 该《通知》甫一出台，不但没有平息对“黑哨”行为刑法定性的争议，反而在我国刑法实务界和学术界引起了更大、更激烈的争论。归结起来，主要有三种观点：

（1）无罪说，即“从我国现行刑法的有关规定以及中国足球职业联赛裁判员的产生来看，我们认为，中国足球职业联赛的裁判员既非国家工作人员，也不是公司企业的工作人员，因而依照现行刑法的规定，‘黑哨’行为不能以犯罪论处”。② 其理由主要是：我国《刑法》已经明文规定了罪刑法定原则。而在现有《刑法》规定的框架下，公司、企业人员受贿罪的主体必须是“公司、企业人员”，普通受贿罪的主体必须是“国家工作人员”，而裁判员既不是公司、企业人员，也不属于国家工作人员的范畴，它仅是凭借专业体育知识从事体育活动的人员。因此，尽管黑哨行为具有严重的社会危害性，但在“法无明文规定不为罪”的情况下仍不宜按照犯罪处理，否则就是对来之不易的罪刑法定原则的破坏。

（2）受贿罪说，即认为，依据我国《刑法》分则第385条第1款的规定，即“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪”，以及我国《刑法》总则第93条的规定，“黑哨”行为已经构成受贿罪，应当承担刑事责任。③ 其主要理由是：裁判在足球比赛中的裁判权力来源于中国足协的正式授权，足球裁判员受中国足协聘请在比赛中从事裁判活动，是中国足协对足球运动进行管理的组成部分，实质上是代表中国足协予以组织、管理、仲裁，是一种公共事务的管理活动，即公务活动。因此在此情况下的足球裁判员应属于《刑法》第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论”的范畴，其如果受贿，当可构成受贿罪。

（3）公司、企业人员受贿罪说，认为对足球黑哨行为应该依据《刑法》分则第163条第1款的规定，以公司、企业人员受贿罪来论处。④ 其主要理由是：职

---

① 参见《检察日报》2002年3月14日第4版。

② 王作富、田宏杰：《“黑哨行为”不能以犯罪论处》，载《政法论坛》2002年第3期。

③ 参见曲新久：《“黑哨”行为已经构成受贿罪》，载《政法论坛》2002年第3期。

④ 参见于宛、粤兴等：《法理论关注社会热点问题—足球“黑哨”事件、“伤熊”事件刑法学术研讨会综述》，载《法学家》2002年第4期。

业俱乐部之间的足球赛事实际上是一种商业活动，而足球裁判是凭借自己的专业足球知识参与某项赛事的人员，因此他们的裁判活动事实上是某项足球比赛——特定商业活动的组成部分，如果裁判员在此过程中收受贿赂，其行为性质就是商业受贿，应当按照商业受贿罪（公司、企业人员受贿罪）论处。最高人民检察院2002年2月25日发出的《依法严肃处理足球“黑哨”腐败问题的通知》也持此种见解。上述三种观点也恰巧就是龚建平案审理和判决中辩、审、控三方所坚持的观点。

从前述三种观点来看，我们知道其分歧主要集中在龚建平作为中国足球协会委派或聘请的裁判员的身份界定问题。如果裁判员被认定为国家工作人员，则“黑哨”行为构成受贿罪；如果裁判员被认定为公司企业人员，则“黑哨”行为构成公司、企业人员受贿罪；与上述两种情况相反，如果裁判员既不属于国家工作人员，也不属于公司企业人员，基于罪刑法定原则，“黑哨”行为就不构成犯罪。

**（二）争论之厘清**

以上三种观点也基本上涵盖了目前学界和司法实务界所有代表性的意见。究竟孰是孰非？笔者认为，解决这一问题或者说为龚建平“黑哨”行为准确定性的关键就在于确定“黑哨”裁判员的身份。众所周知，中国足球职业联赛裁判员是由中国足球协会（以下简称“中国足协”）从具有裁判资格的人员中临时约请或者指定的。因此，要确定该足球裁判员的身份，就必须先解决好以下诸问题：

1. 中国足协的法律性质

关于中国足协的法律性质，持不同主张的学者和实务人员对其有着截然不同的结论。有的人认为，中国足协的法律性质是社会团体，是群众性体育组织，其管理范围及管理权限仅限于社团内部成员间的与足球活动有关的事项，足协没有行政管理权，它所行使的处罚权也仅仅是自律、自治组织根据行规行使管理的体现。这已由我国《体育法》第37条和第40条的规定予以确认。[①] 而有的人认为：中国足协具有双重属性：一方面它是社会团体，另一方面它又是“国有单位”，行使法律授予的对特定行业的国家公共管理权。[②]

笔者基本赞同后者的看法，认为中国足协兼具社团法人和依法从事公务的其他组织两种属性。兹分析如下：

《中国足球协会章程》第2条规定：中国足球协会成立的法律依据是《中华

---

① 参见宋军、王新环：《黑哨向法律挑战》，载《新体育》2002年第3期。

② 参见何家弘：《足球黑哨之我见》，载《法学杂志》2002年第2期。

人民共和国民法通则》。第3条“性质及归属管理”规定：（一）中国足球协会是唯一的、全国足球专项体育社会团体法人；（二）中国足球协会是中华全国体育总会的团体会员，接受中华全国体育总会和民政部的业务指导和监督管理。第17条规定：中国足球协会、会员协会、会员俱乐部一律平等，不得以种族、民族、宗教和其他任何原因歧视任何一方。又根据我国《体育法》第五章的规定：中国足球协会（中华全国体育总会的团体会员）应当是体育社会团体法人，它是一个民事主体，与其成员间是一种民事主体之间的平等关系。

改革开放以来，我国竞技体育管理体制进行了一系列的改革，政府机关不再直接管理运动项目。这其中就包括足球运动项目，而国家足球运动管理中心作为国家体育总局的直属事业单位，同时又是中国足球协会的常设办事机构，并被赋予了对足球运动项目全面管理的职能。[①] 国家足球运动管理中心和中国足球协会是一个机构，两块牌子，并且国家体育总局和中华全国体育总会也是一个机构，两块牌子，而国家体育总局是国务院直属机构。依照我国《体育法》第4条规定：“国务院体育行政部门主管全国体育工作。”国家体育总局作为国务院体育行政部门而主管全国体育工作。我国《体育法》第29条规定：“全国性的单项体育协会对本项目的运动员实行注册管理。经注册的运动员，可以根据国务院体育行政部门的规定，参加有关的体育竞赛和运动队之间的人员流动。”第31条第3款规定：“全国单项体育竞赛由该项运动的全国性协会负责管理。”第40条规定：“全国性的单项体育协会管理该项运动的普及与提高工作，代表中国参加相应的国际单项体育组织。”由此可见，根据我国《体育法》的授权，中国足球协会被赋予了部分行政管理职能。综上所述，我们可以明确，中国足球协会具有两重属性：一方面它是中华全国体育总会的团体成员，是一个在民政部注册并由民政部监督管理的社团法人；另一方面又是国家体育总局的直属事业单位，在对本项目的业务管理上兼有部分行政管理职能。但是从本质上看，中国足球协会行使的是法律授予的对特定行业的国家公共管理权，这种管理权显然属于“公权力”的范畴，具有“公共事务”（公务）的性质，而非所谓的“私权力”。而对中国足球职业联赛这种全国性的体育单项比赛进行裁判，则是中国足协依法对该比赛进行组织和管理的一项重要内容。《中国足球协会章程》第6条第4项规定，中国足球协会的职责是“制定并组织实施本运动项目的全国竞赛制度、竞赛计划、规划和裁判法，负责本运动项目各类全国竞赛的管理。”简言之，中国足协是依据《体育法》和国务院《社团管理登记条例》而设立的社会组织；该组织依据法律和国

① 参见治学：《我国未来竞技体育管理体制构想》，载《体育文史》2000年第6期。

家体育总局的授权，负责对全国足球运动进行管理，享有与足球运动相关的管理权、处罚权以及对外代表国家的权力；其所制定的所有章程和规则，对于与足球运动有关的一切竞技活动以及所有的足球会员组织，均具有法律上的约束力。由此可见，与以“非政府性”和“非营利性”为显著特征的其他国家足协相比，中国足协并不是足球行业的自律性社会组织，而是依法对中国足球行业具有行政管理职能的人民团体。

此外，我们还可以从另外一个角度来考察中国足协的性质。一个组织虽然不属于国家行政机关，但是法律或法规授权其行使行政管理职权，那么它也就具有了行政机关的性质。按照这些规定，中国足协应该属于法律授权行使行政管理职权的“其他组织”。这是我们在分析“黑哨”行为法律性质时所必须特别加以注意的。

2. 中国足协所聘请的职业联赛裁判员的身份定性分析

在明确了中国足协的性质之后，我们基本上可以排除或否认主张龚建平应以企业、公司人员受贿罪处罚的可能性。那么，龚建平到底是否应以受贿罪定罪量刑，还是应该宣告无罪呢？这就关键在于是否能将龚建平归入“国家工作人员”的范畴。也就是说，明确中国足协的性质仅仅是认定“黑哨”行为法律性质的前提，弄清足球裁判员与中国足协之间的关系才是从根本上解决“黑哨”行为定性的关键。

中国职业足球联赛的裁判员能否纳入“国家工作人员”的范畴，这是一个相当复杂的问题，也是当前人们在“黑哨”问题上争论不休的焦点之一。《刑法》第 385 条明确规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”可见，行为人是否具备国家工作人员的身份是判断受贿罪能否成立的重要标准之一。所谓国家工作人员，根据《刑法》第 93 条的规定，是指国家机关中从事公务的人员，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。[①] 据此，我们可以将国家工作人员分为以下三种类型：①在国有单位中从事公务的人员；②国有单位委派到非国有单位中从事公务的人员；③其他依照法律从事公务的人员。

① 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 825 页。

由于我国的足球裁判员大都是兼职裁判，在裁判之外仍有自己的主业，且多来自不同行业，故而他们均不是中国足协的在编工作人员，其担任中国足球职业联赛的裁判工作不过是因中国足协的临时约请或者指定。所以，足球裁判员不是中国足协的工作人员，当然也不可能是受中国足协的委派①在某个非国有单位中从事公务的人员。这样一来，对于足球裁判的身份认定，就集中在国家工作人员的法定范围的最后一种情形，即：足球裁判员是否属于“其他依法从事公务的人员”。我们这里要讨论的问题是：仅就在中国足协所组织的足球赛事中的裁判工作而言，他们是否属于我国《刑法》中规定的“其他依照法律从事公务的人员”。

但是，何谓“其他依照法律从事公务的人员”？至今尚无法律的明确规定，且“两高”也没有针对于此的司法解释。在我国刑法学界，对“其他依照法律从事公务的人员”的理解存在诸多不同认识。其中具有代表性的观点有：

（1）认为此类人员是指依照法律规定选举或者任命产生，从事某项公共事务管理的人员。如依法选出的在人民法院履行职务的人民陪审员，依法履行职务的各级人大代表、协助政府从事法律规定的七项行政管理工作的村民委员会等村级基层组织组成人员。②

（2）认为这类人员包括中国共产党的基层组织的工作人员、基层群众自治组织中依照法律从事公务的人员、各级人民代表大会代表、各民主党派中的专职工作人员、人民陪审员，由法律、法规授权行使行政管理权的组织的人员以及受行政机关委托行使行政管理职权的组织的人员。③

（3）认为这类人员指除国有公司、企业、事业单位中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委派到非国有公司、企业、事业单位中从事公务的人员以外的，其他根据法律规定对公共事务承担组织、领导、监督、管理职责的人员，如党务人员、人大代表及其常务委员会委员等。④

（4）认为从农村村民委员会和城市居民委员会作为基层群众性自治组织的性质及其所从事的事务只是一种集体事务的情况出发，村民委员会和居民委员会的成员无论如何都不能以国家工作人员论。同时还认为，党务人员应当视为国家机关工作人员，而不应视为“以国家工作人员论”的人员（该观点主张，所谓“其他依照法律从事公务的人员”，应当是指受委托在国家机关、国有公司、企业、

① 根据学界通说，所谓委派，是指委托、派遣本单位人员去本单位之外执行公务的情况。

② 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社2001年版，第826页。

③ 参见杨敦先等主编：《新刑法施行疑难问题研究与适用》，中国检察出版社1999年版，第360—361页。

④ 参见张穹主编：《修订刑法条文实用解说》，中国检察出版社1997年版，第112页。

事业单位、人民团体中，依法从事组织、监督、管理工作的人员）。该主张强调了四个条件，即必须从事公务、必须在国有单位中从事公务、必须是受委托从事公务、必须是依法从事公务。据此，其他依法从事公务的人员包括各级人民代表大会代表、人民陪审员、受委托在国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员。[①]

（5）有的学者认为，这里所谓“其他依照法律从事公务的人员”，包括两种情况：一是法律的规定；二是国有单位的委托和聘用，即行为人本来不具有国家工作人员的法定身份，但是由于国有单位的工作需要，临时聘用其代表国有单位从事某种公务管理活动。[②]

（6）还有的学者认为，除非将“委托”理解为有隶属关系的、内部的委任（如某国家机关基于某种原因委托本单位职工暂时管理该职工职责外的某项公共事务），否则受委托人员不属于“依照法律从事公务的人员”。[③]

（7）也有的学者认为，根据我国《刑法》第385条规定，符合受贿罪犯罪主体交易资格条件的为“国家工作人员”，从而排除了因受委托而从事公务人员的受贿罪主体的资格。[④]

笔者倾向于上述第一种观点的看法。笔者认为，对这种“其他依照法律从事公务人员”的规定，应作严格解释，即限于法律或者法规的明文规定。[⑤] 从上述各种观点来看，无论各自表述如何，但有一点是共同的，那就是作为国家工作人员的共同特征——从事公务，必须具备。单从“其他依照法律从事公务的人员”的法条表述而言，这些人员的构成应具备两个基本特征：一是从事公务活动；二是依照法律产生，即根据国家法律的规定经过一定的法律程序产生，依照法定职权从事公务。此外，这里的“其他依照法律从事公务的人员”，还应包括那些受国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体委托从事公务的人员。委托与《刑法》第93条第2款中的“委派”有区别。“委派”是委托、派遣，是一个单位任命某人到另一个单位担任一定的职务，它实际上是任命，不过不是向本单位的任命，而是向外单位的任命。被委派者担任一定的职务，获得一定的授权，在职权

① 参见侯国云、白岫云主编：《新刑法疑难问题研究与适用》，中国检察出版社1998年版，第190—200页。

② 参见关金福：《刑法中国家工作人员概念的理解》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第2卷），法律出版社2001年版。

③ 参见肖中华：《贪污贿赂罪若干疑难问题论要》，载赵秉志主编：《刑事法判解研究》，人民法院出版社2002年版（第1期）。

④ 参见魏昌东、周亦扬：《论交易性本质对受贿罪的影响》，载《南京大学学报》2002年第6期。

⑤ 参见陈兴良：《受贿罪研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第3卷），法律出版社2001年版。

范围内独立从事公务。而“委托”则是一个单位将一定的事务交给某人管理，被委托者需要以委托者的名义在委托的权限内进行活动，而且其活动的结果由委托者承担。由于从事公务是国家工作人员的本质特征，而从事公务的内涵在于代表国家行使国家管理职能，从事公务活动不应受取得公务资格的方式的限制，也不应受从事公务在何种单位的限制。所以，只要能认定行为人是在代表国家对公共事务进行组织、管理、领导、监督，只要行为人的这种公务活动具有法律依据，无论是否在国有单位从事公务，都应视为国家工作人员。①

由上可知，认定行为人是否是国家工作人员，能否以国家工作人员论，最关键的是要明确他是否从事了公务。如何理解“公务”呢？理论和实践中也分歧甚大。

根据 1997 年《刑法》第 93 条的规定，无论是国家工作人员还是准国家工作人员，其共同的特征就是“从事公务”。因此，“从事公务”应当是国家工作人员的本质特征。但是对于如何界定“从事公务”，存在着不同理解。有的认为是“依法履行职责的职务行为以及其他办理国家事务的行为”②；有的认为是“依法所进行的管理国家、社会或集体事务的职能活动”③；还有的认为是指“在国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等单位中履行组织、领导、监督、管理等职责”④。

笔者认为，公务应有别于劳务。劳务是指劳动性事务，具有直接从事物质生产或社会服务性劳动的特点。公务与劳务有以下区别：其一，公务活动只存在于国家机关、企业事业单位、人民团体等公共机构、集体组织当中，而劳务活动在个体经济中也存在。其二，公务活动是在国家机关、企业事业单位、人民团体的各种职能部门中，从事组织、领导、监督、管理性的职务活动。其三，从事公务的国家工作人员或其他依法从事公务的人员，一般都按照其职务享有处理一定事务的权力。而从事劳务活动的人，一般要在从事公务活动的工作人员的管理之下进行活动。⑤

故《刑法》第 93 条中所称的“从事公务”，应当是指代表国家对公共事务所进行的管理、组织、领导、监督等活动。它至少具有三方面的特性：

（1）公务活动具有依属性。国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团

① 参见孙勤：《国家工作人员的认定》，吉林人民出版社 1999 版，第 67 页。

② 张穹主编：《修订刑法条文实用概说》，中国检察出版社 1997 年版，第 111 页。

③ 刘家琛主编：《新刑法条文释义》，人民法院出版社 1997 年版，第 1660 页。

④ 赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 78 页。

⑤ 参见王作富主编：《中国刑法研究》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 262 页。

体是公务活动产生和存在的基础，离开了国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体这个基础，就无所谓“公务活动。”

（2）具有管理性，即公务活动实质上是一种对公共事务的管理活动。这里的公共事务比较广泛，既可以是国家事务，也可以是社会事务和集体事务，其范围涉及政治、经济、文化、军事、文体、卫生、科技以及同社会秩序有关的各种事务的管理。

（3）公务活动总是与行为人的一定职务身份相联系的。具体的行为人具有一定的职务身份性。行为人的这种职务身份性，是通过选举、任命、聘用或受合法委托而取得的，是一定职权和职责的表现，它是行为人的公务活动的前提。如果不具有一定的职务身份，行为人所从事的活动就不是公务活动。

可见，《刑法》第 93 条中“从事公务的人员”，是指在国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体或者受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派，在非国有公司、企业、事业单位、社会团体中行使组织、领导、监督、管理职能以及经营单位财物职责的人员。上述单位中直接从事生产、运输等劳务性质活动的工人、农民、机关勤杂人员、临时工、部队战士等均不属于国家工作人员。

那么，具体到龚建平受贿案来讲，在我国，足球裁判员来自于不同的单位，在人事关系上并不属于中国足协（当然，依据《中国足球协会注册工作管理暂行规定》第 10 条的规定，中国足协负责足球裁判的注册管理工作），但是其在体育比赛中的裁判权力来源于中国足协的正式授权。足球裁判员受中国足协聘请在足球比赛中从事裁判活动，是中国足协对足球运动进行管理的组成部分。也就是说，足球裁判员不是中国足协雇佣的像“保洁员”、“厨师”、“保安”一样的从事劳务活动的人员，而是体育竞技中的裁判员，是足球场上的“执法官”，他们负责对具体比赛进行组织、指挥和裁判，他们对比赛的裁判权力依附于中国足协，离开中国足协的授权或指定，裁判员就没有任何权力去执裁中国足协组织的足球赛事。作为常识，我们都知道，体育竞技中的裁判既不代表 A 队也不代表 B 队，中国足协授权他负责对具体比赛进行管理、指挥，并按照国家制定的比赛规则进行公正裁判。据此可知，足球裁判员在执哨时所行使的权力乃是国家对体育竞技进行管理的公权力。换言之，裁判既不是代表 A 队又不是代表 B 队也不是代表个人，而是也只能是代表中国足协（或者说国家）对足球比赛进行评价（判定胜负）。故不论是专职还是兼职足球裁判员，也无论他们与中国足协之间是否有人事上的隶属关系，他们在中国足协组织、举办的足球赛事中执行裁判职务实质上是代表中国足协对足球比赛进行的组织、管理、指挥、仲裁活动，是一种公共事务管理活动——公务活动，而不是劳务活动——尽管足球裁判员要满场跑来跑

去。因此，在此种情况下的裁判员或者说龚建平应当属于我国《刑法》第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”的范畴。进而笔者可以得出结论：在由中国足协举行的足球赛事中，如果裁判员收受他人贿赂而吹黑哨，足以构成受贿罪，承担相应刑事责任。

3. 罪刑法定原则在足球“黑哨”问题上的适用

罪刑法定原则作为刑法的基本原则，已经被我国 1997 年《刑法》第 3 条所确认并成为首要的刑法基本原则。① 可以毫不夸张地说，“罪刑法定原则”是刑法的生命。② 罪刑法定原则也的确对于限制司法权的滥用，保护人权与自由，以及由此确立其在大陆法系国家法制体系中的重要地位有着重大作用。有人就据此认为，足球“黑哨”尽管具有严重的社会危害性，但在法无明文规定的情况下仍不宜按照犯罪处理，否则就是对“刑法生命”的破坏。我们应当肯定，强调坚持罪刑法定原则是非常正确的。但是，笔者认为，这种观点似乎有僵化地理解罪刑法定原则之嫌，似乎是将罪刑法定庸俗化的观念——即将罪刑法定原则理解得过于简单和肤浅。③ 实行罪刑法定原则，绝不是宣告法律已经形成，法官只需对号入座即可。坚持罪刑法定原则并不否定法律所应该具有的灵活性，机械刻板地理解和适用法律规定的条文，并不符合该原则的实质精神。在足球“黑哨”的问题上，学者们的分歧并不在于是否应该遵循“罪刑法定”原则，而在于法律对于裁判员受贿的行为有没有“明文规定”的理解。

笔者认为，法律已有明文规定。其一，《刑法》第 385 条明确规定了“利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益”的行为是犯罪行为。其二，《体育法》第 51 条第 2 款规定：“在竞技体育活动中，有贿赂、诈骗、组织赌博行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这也是法律的“明文规定”。其三，关于犯罪主体问题，“罪刑法定”原则并非要求法律必须明确地列举出足球裁判员，只要法律规定的内容足以包括足球裁判，就是“明文规定”。根据笔者前面的分析，《刑法》第 93 条第 2 款的规定完全可以包括职业足球联赛的裁判员。另外，《德国刑法典》第 331 条第 2 款的规定也没有明确列举裁判员，但是并不影响德国的司法机关依据该条法律对足球裁判员定罪量刑。诚然，为了司法实践的便利，立法机关和司法机关可以对《刑法》第 93 条的规定做出进一步的解释。根据我国《宪法》和《立法法》的有关规定，全国人大常委

---

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社 2001 年版，第 63 页。

② 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 1 页。

③ 参见王祖德、金泽刚：《罪刑法定原则司法化的三个观念问题》，载《法学》2003 年第 1 期。

会的职权之一就是当"法律制定后出现的新情况，需要明确法律适用的依据"时，对现行的法律条款做出"立法解释"。最高人民法院和最高人民检察院也可以根据司法实践的需要，对现行法律做出"司法解释"。由于当前法学界在足球裁判是否构成受贿罪主体的问题上有不同观点，所以通过立法解释或司法解释来明确法律规定的内涵，很有必要。法律需要也离不开具体解释，刑法也是如此，罪刑法定原则并不禁止对法律进行解释。罪刑法定原则要求对刑法规范进行合理解释，禁止类推解释和任意解释。我国《刑法》第 93 条关于"国家工作人员"概念的规定是列举性规定与概括性规定的结合，其中"其他依照法律从事公务的人员"的规定属于一种概括性规定，或者说是一种兜底性的条款，我们将足球裁判归入"其他依照法律从事公务的人员"的范围，既不属于类推解释也不属于任意解释，因而并不违反罪刑法定原则。

**（三）遏制"黑哨"行为的法律途径及其完善**

1. 有关国家刑法关于体育受贿的规定

从大陆法系各国关于受贿的刑事立法来看，一般不针对体育运动中的贿赂犯罪进行特别立法，而是在有关贿赂犯罪的有关条款中规定裁判人员可作为贿赂犯罪的主体处罚。例如，《德国刑法典》第 331 条第 2 款规定：法官或仲裁人就其已经从事或者将要从事的法官性质的行为，作为回报，为自己或第三者要求，使被约定或者接受利益的，处 5 年以下的自由刑或者金钱刑。力图可罚。[①] 根据德国学者的解释，这里的"仲裁人"包括了体育竞技中的"裁判员"。而在以判例法为特征的美国，有些州的制定法中却明确规定了有关运动贿赂犯罪。如根据堪萨斯州的刑法规定：所谓运动贿赂是指：在体育竞赛中，向运动人员给送或提供利益或者许诺给予利益，意图使其不尽力发挥技能；向体育行政官员或裁判官等给送、提供利益或者许诺给予利益，意图使其不适当履行职务。并且该州制定法还特别规定：体育竞赛，包括一切公开举行的职业的或业余的比赛；运动人员则是指一切参加或可能参加竞赛的运动员、运动队之成员、教练、管理人员、训练技师以及其他一切与运动和运动队有关的人员。而在体育赛事中，因前述原因收受他人财物或利益的，也构成相应犯罪。[②]

2. 足球发达国家处理此类事件的制度设计

（1）巴西处置"黑哨"的制度设计。为保证比赛中裁判执法的公正性，巴西

① 参见《德国刑法典》，冯军译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 205 页。

② 参见谢望原：《"黑哨"、"黑球"与"伤熊"行为的刑法学思考》，载《政治与法律》2002 年第 6 期。

足协设立了比赛观察员制度。每场比赛，足协都要派一名观察员，其职责是监督裁判的工作，看裁判是否按照比赛规则客观公正地执法。比赛结束后，观察员要起草书面报告，就比赛中裁判的执法情况向足协汇报。一旦发现异常情况，他可向足协甚至向体育法庭提出起诉，控告裁判的不正确做法。裁判同观察员在比赛前不允许见面，足协也对此保密，因此裁判并不知道谁是本场比赛的观察员，在执法时也不敢有丝毫偏差。观察员制度在某种程度上保证了裁判廉洁公正地执法。

此外，巴西足球界也设立了独立于国家司法系统之外的体育法庭。巴西足球界的体育法庭是1946年建立的，与巴西其他体育项目的法庭一样，与足协没有任何关系，也同司法部门没有任何关系，是一个独立的机构，发生在足球场上的纠纷都由体育法庭处理解决。足球界的体育法庭由纪律检查委员会和高级法庭组成，纪检有五名成员，高级法庭有九名法官。虽然与司法无任何关系，但体育法庭的所有法官都受过高等教育，都学过法律。比赛双方一旦对裁判的执法工作发生纠纷，将首先由纪律检查委员会进行一审，如果双方不服判决，将由最高法庭审判。审判程序与普通司法程序相同，也要开庭审理，所做出的判决为最终判决，双方必须服从。在审理中，裁判一旦被发现有渎职行为，将受到停赛或罚款处理。罚款是最轻的处罚，数额不高，只是象征性的。但停赛的处罚要严厉得多，根据情节轻重，可受到一场比赛至1年的停赛处罚。如果有裁判收受贿赂而人为操纵比赛结果，将受到1年的停赛处罚。1年过后，如果被处罚裁判希望重返绿茵场，须再次进行资格考试，但他的考试申请是不会被批准的，实际上等于被终身禁赛了。在对通过贿赂操纵比赛结果案件的处理中，被处罚的不仅仅是裁判，而且还包括提供贿赂的球队，球队所在俱乐部的主席等有关人员，他们将不能继续参加本赛季的比赛。巴西足球法规是严厉的，有人胆敢以身试法，不按规则办事，就会遭到处罚。10年前，一些人为在足球彩票中赚大钱，萌生了操纵比赛结果的念头。他们贿赂裁判，裁判昧心地吹了“黑哨”，结果这名裁判员受到停赛处理。10年过去了，他的考试申请始终遭到巴西足协的拒绝，至今仍未重返赛场。[①]

（2）意大利处置“黑哨”的制度设计。意大利对足球裁判的管理有非常严格的“行规”。足协有两名官员专门负责确定每场比赛的执法裁判。如果裁判有违反规定的行为，那么这两名官员有权暂停其执法工作。按规定，裁判不能私下与媒体发生任何接触，裁判同媒体的每一次接触必须报相关机构审批，取得授权后

① 参见华儿：《足球强国如何处置“假球”“黑哨”》，载《海外警事》2002年第8期。

方可进行。裁判在赛场上的一些不良表现也会受到处理。足球裁判协会设有专门的调查办公室，负责处理被举报或被发现的裁判违规事件。在调查裁判违规事件的工作中，根据范围和影响的不同，调查处理分为三个层面，即地方级检察、国家级检察和上诉意大利足协。意甲裁判工作格外重要，一旦发现违规现象，调查工作就直接进入国家级检察层面。意大利足球裁判协会对违规事件的处罚有明确规定的处罚，对情节较轻的违规者提出警告，违规裁判遭到多次警告之后就将面临暂停裁判工作 6 个月的处罚，最严重的将被吊销裁判注册证，取消裁判资格。近几年意大利足坛也发生了几件影响较大的裁判违规事件。20 世纪 90 年代初，一名叫森扎夸的意大利丙级联赛的裁判接受了当时佩鲁贾队主席高奇赠送的一匹马。此事被发现后，这名裁判被取消了裁判资格，当时已经升入乙级联赛的佩鲁贾队也因此重新降为丙级队。4 年前，意大利甲级联赛裁判法里纳被临时取消了桑普多利亚队同佛罗伦萨队比赛的执法任务，因为经调查，在比赛前夜，法里纳接到一个朋友的电话，希望他在比赛中照顾一下桑普多利亚队。尽管桑普多利亚队一再表示与此事无关，为公正起见，该队还是没有逃脱降级的厄运。意大利足球裁判协会本身属于足协的一个部门，没有独立的法人资格，更不能展开司法调查。但意大利国家司法机关如果认为有必要，则完全可以自由地开展调查。

另外，在意大利，执法一场意甲比赛的报酬为 5 000 美元，执法一场乙级队比赛的报酬为 2 500 美元，当然在这些合法收入中裁判需要上缴 45%的税金。除了出场费用以外，裁判员还可以得到每月 2 500 美元的训练补助，以及数量不定的交通补贴。尽管意大利的裁判还没有职业化，但一名国际级足球裁判 1 年的收入也已相当不菲，大约在 10 万至 12 万美元左右。①

（3）墨西哥处置“黑哨”的制度设计。“黑哨”问题在墨西哥同样存在。每年的墨西哥足球甲级乙级联赛都有球队向足协的裁判委员会和纪律委员会正式提出申诉，裁判委员会和纪律委员会通过对比赛录像的仔细研究，被认为确实存在严重失误的裁判此后执法甲级联赛的机会将大大减少，最严重的甚至可能被撤销裁判资格。在足球联赛中一旦出现所谓“黑哨”，墨西哥俱乐部更多地将事情诉诸墨西哥足协，而很少对簿公堂，通过法律途径来加以解决。俱乐部起诉裁判和其他俱乐部有几个困难。首先是取证难，要证明裁判的确收受了其他俱乐部的贿赂不是一件容易的事情。而如果难以获得确凿的证据，要打赢官司很难。其次是打官司的时间长、费用高。除非是在决定联赛冠军这样的重大比赛中出现明显的“黑哨”，否则俱乐部不愿意投入大量的时间和金钱去打一场意义并不太大的官

---

① 参见华儿：《足球强国如何处置“假球”“黑哨”》，载《海外警事》2002 年第 8 期。

司。再次是国际足联鼓励关于各国联赛的纠纷在足球机构内部解决，而不希望司法机构的介入。如果墨西哥俱乐部向足协提出申诉，得不到满意答复，可以上诉国际足联的仲裁机构讨个公道。

(4) 德国处置“黑哨”的制度设计。如果足球运动中的某项行为已经严重违反了德国民法以及刑法，比如情节恶劣的“假球”、裁判受贿操纵比赛结果等，德国的国家法律机关会在民法以及刑法的层面上进行干预。这时候足协的行业执法机构和国家法律机关在各自的职权范围内行使职责，并行不悖。“黑哨”如果发生在德国，当事人受到的处罚是很重的。首先是足协的“家法”处罚，足协执法机关会根据情节轻重判处包括终身取消其裁判资格以及有期限取消资格等程度不同的处罚。行贿或者受贿的足球俱乐部将被罚款 25 万欧元，有行贿或受贿企图者也将受到处罚。行贿或者受贿的球员将会被处以 3 个月到两年的禁赛，另外还可能被处以罚金。根据德国刑法，对裁判行贿者将会被判处 3 个月以上 5 年以下的有期徒刑；收了贿赂而吹“黑哨”的裁判，也会根据其情节轻重被处以 6 个月到 10 年的有期徒刑。同时根据有关民法条款，裁判吹“黑哨”行为违反了与足协签订的合同，并损害了另外一个球队（第三者）的利益，足协和被损害的俱乐部都有权对该裁判提出民事诉讼，要求其做出相应的赔偿。德国最近一次引起轰动的“假球”丑闻发生在 1971 年，当时的奥芬巴赫踢球者俱乐部向科隆以及布劳恩施威格等俱乐部行贿，希望拯救自己濒临降级的球队。这次事件涉及的金额达到 200 万马克，涉及人物包括六名俱乐部官员、两名教练以及 7 个俱乐部的 52 名球员。在这次案件中，德国司法机关和德国足协执法部门共同进行了调查，做出的判决包括终身禁止球员或教练在德国从事足球运动，对个人处以 1.5 万马克以下数额不等的罚金，吊销俱乐部的营业执照等。[①]

此外，德国裁判出场费很高，也降低了“黑哨”出现的可能。德国裁判的报酬由足协支付。德国甲级联赛中，主裁判每场执法报酬是6 000马克，助理裁判的报酬为 3 000 马克；乙级联赛中，主裁判每场执法报酬为 3 000 马克，而助理裁判的报酬为 1 500 马克。

3. 我国对于体育腐败之法律规制的理性思考

之所以不厌其烦地列举世界足球强国关于如何处置足坛腐败的案例和制度设计，是为了在进行我国关于体育腐败制度设计的时候，能够多方面比较外国相关制度的优劣，从中汲取符合我国国情的，对我国足坛腐败事件的预防和处理行之

① 参见《龚建平黑哨案》，载《中国普法网》http：//www.legalinfo.gov.cn/gb/special/2003－02/17/content_14024.htm。

有效的因素，以求遏制我国足坛的腐败（如黑哨），完善我国关于惩治和预防足坛腐败的相关规定。通过对世界足球列强处理体育腐败制度规定的考察以及龚建平黑哨行为定性的分析，笔者结合我国足坛现状，提出如下意见：

（1）足协内部的自我消化。①我们可以参照巴西的做法，在足协内部设立“足球法庭”。该“足球法庭”应完全独立于国家司法系统之外，其审判人员虽然与国家法院系统的法官有本质的不同，但是在专业技能上却要求很高，必须应由受过正规、系统的法律教育的人员组成。该足球法庭判决的效力只是及于足坛，它所处理的案件也有范围限制，即必须是足坛纠纷中未达到犯罪的程度的案件。②中国足协应该制定出更为严格的“行规”。如设立比赛观察员制度，该比赛观察员由足协秘密指定，以监督裁判的现场执法，并针对每场裁判的表现写出书面报告呈送足协。每个月对每名裁判都给出一个审核鉴定。这样，足协对裁判员的具体表现就能有一个清楚的了解。对误判和错判出现较多的裁判，采取降级使用和暂停执法的措施，情况严重的，可以终止裁判资格，直到开除出足协。再如，设立专门调查违规事件的机构，对于胆敢以身试法者，一经查实，视情节轻重，处以包括终身取消其裁判资格以及有期限取消资格等程度不同的处罚。③中国足协可以考虑参照国外的普遍做法，采取高薪养廉的政策。根据裁判执法赛事级别的高低，给付裁判相当的薪酬。只要裁判忠于职守、公正执法，就可以得到一笔相当可观的收入，但是如果裁判有吹“黑哨”的行为，轻者取消其执法比赛的资格，重者取消裁判资格，永不再用。这样的话，裁判就不敢轻易以身涉险，从而有助于净化足坛空气。

（2）提交国家司法机关处理。从世界足坛和我国足坛的实际情况看，要想根本解决足坛腐败问题，只依靠中国足协对足球“黑哨”和其他黑幕进行自查自究，终究威慑力不够，还需要由足协之外的权力机关对足球腐败进行彻底调查，即由检察机关提起公诉。如果裁判员的违规行为已严重到触犯刑律，则中国足协应当提请司法介入，由国家法院运用刑法予以干预。当然，在裁判行为已达到足够的社会危害程度的情况下，国家司法机关也应当主动介入。

4. 我国刑法中受贿罪主体规定的完善

尽管我国足球联赛中裁判的受贿行为构成现行《刑法》第 385 条所规定国家工作人员受贿罪，但这并不等于说明我国刑法关于贿赂犯罪的规定就已经法网严密，毫无疏漏了。我国现行刑法所规定的贿赂罪涉及的是两类主体：一类是带“国”字号或者姓“公”的主体（《刑法》第 385 条的国家工作人员，第 387 条的国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以及对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员），另一类是带“商”字号的公司、企业工作人员（《刑法》

第 163 条的公司、企业的工作人员)。换句话说，如果贿赂行为发生在既不沾“国”带“公”，又不是从事生产、经营活动的组织或者个人身上，尽管除主体之外的犯罪构成与现行《刑法》规定的贿赂罪完全一致，刑法也无可奈何。单就体育比赛来看，尽管足球联赛等由全国性的单项体育协会组织的比赛中发生的裁判受贿行为能够为现行刑法所涵盖，[①] 而一般的国内商业体育比赛中的这类行为亦可依据现行《刑法》第 163 条加以处罚，然而，如果是在中国境内举行的洲际运动会如奥运会、亚运会以及洲际单项业余比赛（而不是职业化的商业比赛）期间发生了裁判受贿行为，我们的刑法就力不能逮了。更何况除了体育比赛之外，还有更多的社会评奖、评比、比赛，其中都可能涉及组织者及裁判（评委）的贿赂行为，如果这些活动的组织者是非营利性而又非“国”字号的机构，这些主体是否能够一概为《刑法》第 163 条、第 385 条、第 387 条的规定所涵盖和吸收，也是一个疑问。

由此可见，我国现行《刑法》关于贿赂罪的规定，已经难以适应新的社会形势下打击贿赂犯罪的现实要求，修改现行《刑法》关于贿赂罪的规定，扩大贿赂罪主体的涵盖范围，是市场经济条件下法治社会的客观需要。在市场经济体制下，国家权力干预社会的广度和深度都将大为缩减，更为广阔的社会空间都留给了社会自治，国家权力与社会权力的分工与分离都日益明显。而这部分社会领域尽管不存在传统意义上的那种由国家强制力做后盾的公权力，但仍然存在秩序的维护、各种利益的衡量、分配与裁决，也就是说，社会“权力”也具有相当大的利益潜力和诱惑力，因而也同样具有被寻租的可能。因而在刑法中对这类主体滥用权力以及以权谋取非法利益的行为做出规定，是有效制约这类社会权力、保护公民权利和社会公共利益的重要手段。许多国家在这方面的刑事立法对于我们当有借鉴。

《德国刑法典》第 331 条第 2 款规定：法官或仲裁人就其已经从事或者将要从事的法官性质的行为，作为回报，为自己或第三者要求、使被约定或者接受利益的，处 5 年以下的自由刑或者金钱刑。力图可罚。[②]《韩国刑法典》第 129 条规定：公务员或者仲裁人，收受、索取或者约定与职务有关的贿赂的，处 5 年以下劳役或者 10 年以下停止资格。[③]《日本刑法典》第 197 条第 1 款规定：公务员或仲裁人，在职务上，收受、要求或约定贿赂的时候，处 5 年以下的有期徒刑……

---

① 当然，我们仍不能否认国内学界和实务部门对该问题的争议。

② 参见《德国刑法典》，冯军译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 205 页。

③ 参见《韩国刑法典及单行刑法》，［韩］金永哲译，赵秉志专业审校，中国人民大学出版社 1996 年版，第 22 页。

根据日本学者的理解，这里的“仲裁人”，是公务员以外的、依法具有仲裁纠纷的职务权限的人。[1] 由上看来，在对于受贿罪的规定中，各国都把“仲裁人”与公务员并列作为受贿罪的主体，而这里的仲裁人并非狭义的仲裁机构的仲裁员，而是将行使居中裁判权力的所有人员都包括在内。美国刑法则明确将受贿罪的主体分为三类，除公务贿赂主体和准公务贿赂主体外，还有一类业务贿赂的主体，包括公司或商店的雇员以及体育运动、竞技比赛等活动中职业的或业余的运动员和裁判人员。[2] 如果借鉴这些国家的刑事立法经验，将受贿罪的主体扩大到行使社会公共权力者，那么，一切利用手中的权力或者职务之便——不管是利用国家权力还是社会公共权力，也不管是利用国家公职之便还是社会公共职务之便——索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的受贿行为，都难以逃脱刑法的严厉制裁。具体而言就是通过《刑法修正案》的形式予以补充立法。建议在我国《刑法》规定的普通受贿罪之外，增设业务受贿罪，取消《刑法》第163条规定的公司企业人员受贿罪。[3] 诚如是，则不仅公民、法人和其他社会组织的合法利益以及社会公共利益可以得到切实保障，而且对于净化社会空气，提升整个社会的道德水平，推进依法治国，都将起到莫大的作用。

## 七、关于“为他人谋取利益”要件的问题

在龚建平一案中，辩审双方因为龚建平是否为他人谋取利益而有颇大分歧。辩方认为龚建平虽然有收受他人钱物的事实，但是其并没有因此为他人谋取利益，所以并不能对龚建平以受贿论处；而审方即法院却认为，龚建平明知他人有所请托而仍然收受他人财物，在主观上应该具备为他人谋取利益的故意，依据我国刑法有关规定，其行为已构成受贿罪。从上述分析来看，笔者认为辩审双方之争实际上是对“为他人谋取利益”要件地位之争，也即，“为他人谋取利益”究竟是主观要件还是客观要件之争。关于该争论，我国刑法学界和实务界聚讼纷纭，难有定论。笔者拟借龚建平一案就该问题作一探讨，以求有助于此问题的廓清和立法上的完善，从而使得我国刑法的相关规定更易于操作，不致再起争议。

### （一）关于“为他人谋取利益”要件之地位的理论争鸣

我国1979年制定的《刑法》所规定的受贿罪，其构成要件中并没有包含为

① 参见［日］大谷实：《刑法各论》，黎宏译，法律出版社2003年版，第456页。

② 参见储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社1996年第2版，第268—269页。

③ 参见于宛、粤兴、程实：《刑法理论关注社会热点问题——足球“黑哨”事件和“伤熊”事件刑法学术研讨会纪要》，载赵秉志主编：《刑法评论》，法律出版社2002年版（第1卷）。

他人谋取利益。该法第 185 条规定的受贿罪只是指国家工作人员利用职务的便利，收受贿赂的行为。1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中第一次在我国刑事立法中明确规定，为他人谋取利益是受贿罪构成的必要条件。该规定为：国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员，利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物为他人谋取利益的，是受贿罪。1989 年，最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》也就此作了明确解释：非法收受他人财物，同时具有为他人谋取利益的，才能构成受贿罪。为他人谋取的利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立。1997 年 3 月 14 日全国人大通过了修改后的现行《刑法》。《刑法》第 385 条对受贿罪的规定基本上沿袭了 1988 年全国人大《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中受贿罪的规定，仍然将为他人谋取利益规定为构成受贿罪的必要条件。虽然 1997 年《刑法》从立法上对受贿罪的定义予以了明确，但是“为他人谋取利益”在受贿罪中的地位究竟如何，在刑法学界和司法实践中仍不乏争议。主要有以下三种不同的观点：

1. 客观构成要件说

该说认为“为他人谋取利益”是受贿罪客观构成要件的一部分，如果国家工作人员虽然收受了他人财物，而实际上并没有为他人谋取利益则不能构成受贿罪。最高人民法院、最高人民检察院在《关于执行〈惩治贪污受贿罪的补充规定〉若干问题的解答》（以下简称《解答》）中即持这种看法，“非法收受他人财物，同时具有‘为他人谋取利益的’，才能构成受贿罪。为他人谋取利益是否正当，为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立”。这种观点在《关于惩治贪污和受贿罪的补充规定》后出版的许多论著中得到了认同。“非法收受他人财物为他人谋取利益，是指行为人违反法律规定对行贿人主动交付的财物来之不拒，或消极、被动地接受，并利用职务之便为行贿人谋取利益的行为。不管所谋取的是非法利益还是正当利益，不影响本罪的成立。”①

2. 主观构成要件说

该说认为，为他人谋取利益应当解释为行为人的意图，是一种心理态度，属于受贿罪的主观要件。“‘为他人谋取利益，只是行贿人与受贿人之间货币与权力互相交换达成的一种默契。就行贿人来说，是对受贿人的一种要求；就受贿人来说，是对行贿人的一种许诺或者答应。因此，为他人谋取利益只是受贿人的一种

① 肖扬主编：《中国新刑法学》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 664 页。

心理态度，属于主观要件的范畴，而不像通行观点所说的那样是受贿罪的客观要件。”[①]“‘为他人谋取利益’应当解释为是行为人的意图，是一种心理态度，属于受贿罪的主观要件，这样解释才与刑法理论和司法实践相符合……从司法实践上看，处理这类案件，都是根据两高《解答》，不论为他人谋取利益是否实现，均按受贿罪（既遂）论处，这实际上是将它作为受贿罪的主观要件看待。”[②] 在这种观点看来，构成受贿罪以行为人主观上具有“为他人谋取利益”的心理态度为足，无需具体实施为他人谋取利益的行为。

3. 否定说

该说认为无论是把“为他人谋取利益”作为受贿罪的客观行为要件，抑或是把它作为主观要件，都存在着自身难以解决的问题。在受贿罪中取消这一要件本身，才是解决上述问题的根本出路。[③] 理由是我国刑法把“为他人谋取利益”作为受贿罪的构成要件，与法理相悖，与国家惩治腐败、肃清贪贿的战略相悖，容易造成理论和司法实务的混乱，给受贿犯罪分子以可乘之机，并且与国际上关于受贿罪立法的主流规定不相一致。为此，该说主张在受贿罪中取消“为他人谋取利益”的构成要件，从根本上结束上述争论，为打击受贿犯罪扫清障碍。[④]

**（二）对上述诸观点的评析**

1. 关于“客观要件说”

“客观要件说”曾经是主流的观点，但是这样的解释无形中大大缩小了受贿罪的范围，不利于对国家工作人员受贿犯罪的打击，有放纵受贿犯罪之虞。一方面，把“为他人谋取利益”作为受贿罪的构成要件，在现实生活中容易给犯罪分子以可乘之机，束缚了司法机关的手脚，造成对受贿罪的打击不力。当前，社会上行贿受贿的不正之风愈演愈烈，规避法律的方法也越来越多。比如当前社会上普遍存在的一种“感情投资行为”，有些人为了将来获得某种利益，采取“放长线钓大鱼”的方式，不惜重金拉拢收买某些国家工作人员，在行贿时并无明确的请托事项，其目的只是在于建立感情，为将来请求受贿人为其谋取利益创造条件。受贿人对行贿人的这种心态也是清楚的，收受贿赂后并不立即为行贿人谋取利益。一旦事情败露，即以接受“馈赠”为名蒙混过关。有些地方领导，逢年过节要收到几十笔甚至数百笔礼金，每笔少则几千元，多则上万元，总数可高达几

---

① 王作富、陈兴良：《受贿罪构成新探》，载《政法论坛》1991 年第 1 期。

② 参见喻伟主编：《刑法学专题研究》，武汉大学出版社 1992 年版，第 508 页。

③ 参见朱建华：《受贿罪“为他人谋取利益”要件的取消》，载《现代法学》2001 年第4 期。

④ 参见游伟、肖晚祥：《论受贿罪构成要件中的“为他人谋取利益”——现行立法及其与理论、司法的冲突研究》，载《政治与法律》2000 年第 6 期。

十万、上百万元。有些领导利用婚丧嫁娶等机会大肆收受他人礼物。对于这些送礼人而言，他们并不见得是出于个人感情，而主要是基于这些领导的职务关系，接受礼物的人对此也是心照不宣。有些人收受了礼物后，可能给送礼人谋取利益，从而构成受贿罪。但在很多情况下，收受礼物的人并没有给送礼人谋取任何利益，即使被查处，也不能以受贿罪处罚，收受的这些礼物也成了所谓的“灰色收入”，法律对此显得苍白无力，人民群众反映非常强烈。事实上，这类行为的社会危害性是非常大的，不以受贿罪处理，于情于理都无法说得过去。有人对此提出变通办法，认为可以按照《刑法》第394条的规定，以贪污罪处罚。但该条的规定是：国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公的行为，以贪污罪处罚。国家工作人员逢年过节、婚丧嫁娶收受礼物的行为，显然不能说是“从事国内公务活动”，加之，对“从事国内公务活动”的界定目前无论在理论还是实践中，都存在较大的争议，因此，对这类行为以贪污罪论处是非常勉强的。况且《刑法》第394条处罚的是“不上交”的行为，而受贿罪处罚的却是其“收受”的行为，两罪立法的侧重面也有较大的差别。

另一方面，以“为他人谋取利益”作为受贿罪的构成要件，易于导致对受贿犯罪既遂、未遂理解上的极大矛盾，造成了刑法理论和司法实务的混乱。根据我国《刑法》第23条的规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。”按照目前公认的理论，犯罪既遂是指犯罪行为已经完全符合刑法分则规定的该种犯罪的全部构成要件。而“为他人谋取利益”是犯罪构成的客观方面的行为要件之一；受贿罪既遂应满足这一要件。如果行为人在收受他人财物后，还没来得及实施为他人谋取利益的行为，也即，行为人在这方面的内容上还“未得逞”，还不具有刑法分则规定的关于受贿罪的全部构成要件。但根据上述观点的解释与规定，却并不要求行为人已经实际上为他人谋取了利益。于是，悖论就出现了：按照上述理解，这种情况显然是应该作为受贿罪的既遂行为来对待的，因为“为他人谋取利益是否实现，不影响受贿罪的成立”。可是另一方面，根据刑法理论与实践的要求，犯罪既遂应该是行为完全具备了刑法分则规定的犯罪构成的全部构成要件。如果不具备或不完全具备，就不能认为是犯罪既遂，而应是未遂或不作为犯罪处理，而在上述情况下，收受财物人的“为他人谋取利益”行为当然还处于“未得逞”阶段。我国目前的刑法理论和司法实务，又都是以行为人是否实际上收受了财物作为既遂与未遂区别的标准。就此分析而言，“客观构成要件说”与实践脱节甚远，难以自圆其说。

2. 关于“主观要件说”

“主观要件说”把“为他人谋取利益”理解为受贿人的主观意图。这种理解虽然有利于惩处当前愈演愈烈的受贿犯罪，弥补了“客观要件说”存在的某些不足，有可取之处，但这种观点带有明显的为处罚而处罚的功利主义色彩。

（1）把“为他人谋取利益”理解为主观上的意图，在司法实务中将难于操作。犯罪的主观目的是属于行为人主观意志范畴的东西，它本身不是一个独立的存在，对它存在与否只能通过行为这一客观要件来证明。那么，如何能通过收受他人财物的行为证明其有“为他人谋取利益”的主观目的？如果收受财物后，又实施了“为他人谋取利益”的行为，这当然可以证明，但如果是这样，即使把“为他人谋取利益”作为犯罪的客观要件也同样可以起到证明犯罪的作用，这一要件是主观还是客观要件的争执就变得毫无意义。同时，行贿与受贿之间都是单线进行，一般鲜有第三者在场，如何证明收受者有“为他人谋取利益”的目的？在这种情况下，并无其他的客观证据予以证明。如果只凭行贿人的陈述，而无受贿人的口供，则显然不符合“证据确实充分”的定罪原则。只有收受财物的行为并不能推论出行为人有“为他人谋取利益”的主观内容，甚至连证明行贿者与受贿者之间达成默契都是不可能的。即使需要确证，实践中往往也只能求助于法官的自由裁量，这违背了我国《刑事诉讼法》要求的“确信”的证明要求，也容易造成司法上以“口供”定罪的状况。而且，一旦行为人通过客观行为表现出来，则“为他人谋取利益”就不仅仅是主观性的，而是客观的要件了。

（2）把“为他人谋取利益”作为主观要件，不仅与立法意图不符，也与司法实务相矛盾。《刑法》第 385 条规定，行为人索取他人财物，构成受贿罪不需要为他人谋取利益，因为立法者认为仅是索贿行为本身就足以说明行为的社会危害性。而非法收受他人财物，则必须同时具备为他人谋取利益的行为，因为立法者认为仅有非法收受他人财物的行为，还不足以说明行为的社会危害性，必须要有为他人谋取利益的行为，其社会危害性才能达到犯罪的程度。立法将索贿行为、非法收受他人财物行为以及居间受贿行为做出详尽的划分，足以可见其本意是将“为他人谋取利益”作为客观行为来规定的。而且，从另一角度而言，坚持这一观点，也将会放纵非法收受他人财物的行为人。如果认为“为他人谋取利益”是主观方面的内容，或是非法收受他人财物的主观目的，那么，那种只想非法收受财物而不想为他人谋取利益的人的行为，就毫无疑义地不具有这种犯罪主观方面的内容，不具有受贿罪的犯罪目的，从而就应该认为这种行为不具备受贿罪的犯罪构成。诚如“主观说”所言“从司法实践看，审理这类案件，都是根据两高《解答》，不论为他人谋取利益是否实现，均按受贿罪（既遂）论处”，这也表明，

要么是这一观点在司法实践中行不通，要么是司法实践中并没有严格遵守受贿罪的犯罪构成要件，从而使“为他人谋取利益”这一要件可有可无，不符合罪刑法定的基本原则。

(3)“主观构成要件说”对“为他人谋取利益”的理解不符合我国立法对犯罪主观方面的表述形式。为防止造成罪与非罪及过失犯罪与故意犯罪的理解错位，在遇有行为方式表现相似的情况时，我国刑事立法一般会对犯罪的主观要件进行限定。通常以“明知”、“故意”、“预谋”或规定行为目的来明确该行为的故意性，且行文顺序上，多居条文罪状的起始部分，并在具体行为前冠以该行为的主观目的。就我国刑法对受贿罪的条文界定，以字面上理解，“为他人谋取利益”中，“为他人”是补充成分，“谋取利益”是中心词，它是一个动宾结构短语，表明的是一种行为。如果把“为他人谋取利益”作为犯罪的主观要件来理解，则很难解释为什么立法不以“为他人谋取利益而收受他人财物”的表述来明确该行为的目的性。

3. 关于“否定说”

“否定说”排除了“为他人谋取利益”这一要素，虽然可以避免由此而引发的争议，但是，这种观点忽略了行为的定性因素和定量因素是其缺陷。如上所述，为他人谋取正当利益，是行为人职务所要求的，行为人因此而收受他人财物，就已侵害了公务行为的纯洁性，当收受的财物数额达到法定要求时即构成受贿罪。而当行为人做职务上规定不应当为的事项，且又收受了他人财物（无论是事前还是事后）时，行为人的行为中包含了更多的不法内涵，对这两种情况下的行为同等评价与刑法中的罪刑均衡原则是相违背的。

**（三）“为他人谋取利益”要件在受贿罪中的应然定位**

通过以上考察，笔者认为，不论是将“为他人谋取利益”作为受贿罪的客观行为要件，抑或是把它作为主观要件，都存在着自身难以解决的问题。之所以会造成上述理论纷争的根源在于人们将这一要件的规定理解为天然合理的，并进而在此基础之上去寻求解决的办法，从而陷入了“为法而法”的怪圈。笔者认为，要解决上述矛盾必须要着眼于这一规定的本身，在受贿罪中取消这一要件才是根本出路。鉴此，笔者更倾向于“否定说”，但是在更准确的意义上，笔者拟把它称为“非要件说”，即不把“为他人谋取利益”作为受贿罪的必备要件，但可以作为量刑情节。理由如下：

(1) 以“为他人谋取利益”作为受贿罪成立的必要条件，直接背离了刑法学理论对受贿罪构成最为重要的必要条件——犯罪客体的科学界定。犯罪客体是犯罪的本质特征——社会危害性的具体表现。受贿罪的犯罪客体反映了受贿罪的本

质。也就是说，以“为他人谋取利益”作为受贿罪成立的必要条件不符合受贿罪的本质。关于贿赂罪的性质，一直有两种立场：起源于罗马法的立场是，贿赂罪侵犯的是职务行为的不可收买性；起源于日耳曼法的立场是，贿赂罪侵犯的是职务行为的公正性。根据前一立场，只要公务人员收受、索取与职务有关的不正当报酬，就构成受贿罪；根据后一立场，只有当公务人员实施违法或不公正的职务行为，从而因此收受、索取贿赂时，才构成受贿罪。现代各国一般都采取第一种立场，但公务人员实施了不公正行为时，加重处罚。[1] 从我国《刑法》及以前的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》来看，都没有规定受贿罪的构成只能是为他人谋取“不正当利益”而是包括正当和不正当在内的一切利益，这表明我国采取的是前述第一种即与罗马法同样的立场。我国刑法学界的主流观点也认为，受贿罪的客体不是所谓的国家机关的正常活动，不是公私财产的所有权，也不是国家经济管理的正常活动，而是“国家工作人员职务行为的廉洁性”，[2] 日本学者小野清一郎也持这种观点。[3] 而国家工作人员职务行为的廉洁性本质就在于其职务行为的不可收买性。国家工作人员利用职务上的便利收受他人贿赂，不管是否为行贿人谋取了利益，其收受贿赂行为本身已经造成了对其职务行为的不可收买性的侵犯和破坏。国家工作人员为国家所雇用而依法履行公务，其报酬只能由国家以薪金的形式支付，此外不应当接受其他任何机构和个人所支付的利益。否则，就容易使人们产生以下认识：国家工作人员的职务行为是可以收买的，只要给予财物，就有可能使其为自己谋取各种利益。这本身就使职务行为的不可收买性受到侵犯，而国家工作人员收受财物后是否为行贿人谋取利益、谋取的利益是否正当等等，只存在社会危害性程度上的差异，仅仅对量刑具有影响，而不能影响社会危害性的实质，不能决定是否构成受贿罪。

（2）把“为他人谋取利益”作为受贿罪的构成要件，违背刑法禁止对同一行为重复评价的原则。在 1997 年《刑法》修订之前，全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 5 条第 2 款规定：“因受贿而进行违法活动构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”《刑法》修订后虽然没有明确如此规定，但在司法实践中，对于因受贿而进行违法活动构成其他犯罪的，一般应按照数罪并罚的规定处罚。而且，最高人民法院也有相类似的司法解释出台。比如 1998 年 4 月最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第

① 参见［日］大塚仁：《刑法概说（各论）》，冯军译，中国人民大学出版社 2003 年版，第 590 页。

② 参见高铭暄主编：《刑法专论（下）》，高等教育出版社 2002 年版，第 808—812 页。

③ 参见［日］小野清一郎：《新订刑法讲义各论》，成文堂 1950 年版，第 48 页；转引自张明楷：《论受贿罪的客观要件》，载《中国法学》1995 年第 1 期。

7 条第 2 款就明确规定挪用公款进行非法活动又构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。而在我国刑法中，挪用公款进行非法活动又是挪用公款罪的构成要件之一。受贿罪与此在性质上相类似，司法实践处理方式也是相类似的。在上述司法解释第 7 条第 1 款中，也明确指出："因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。"这样，受贿人收受他人贿赂后为他人谋取利益，如果触犯了其他刑事法律构成其他犯罪，其行为既作为"为他人谋取利益"的一种表现，受到刑法关于受贿罪有关法条的评价，同时又受到其他刑事法律的评价，一个行为同时受到两种不同刑事法律的评价，并产生两种不同的刑法后果，明显违背了刑法禁止对同一行为重复评价的原则，不利于保护被告人权益。

（3）该规定造成法律条文间的冲突。我国刑法学界把《刑法》第 388 条规定的情况称为"斡旋受贿"、"居间受贿"。依据该规定，如果行为人为请托人谋取的是正当利益，即使索取或者收受了他人的财物，也不构成受贿罪。而在第 385 条第 1 款规定的一般受贿中，无论国家工作人员为他人谋取的利益正当与否，只要索取或者收受他人财物的均构成受贿罪。两个法律条文间的矛盾冲突是显而易见的，并且为受贿人收受贿赂、规避法律的惩罚提供了空隙，因而也就难以达到立法目的，起不到预防犯罪的功效。因为既然国家工作人员通过自己的行为为他人谋取正当利益，索取或收受他人财物构成犯罪，而利用其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取正当利益不构成受贿罪，那么，国家工作人员势必会采取这种方式去受贿，钻法律的空子。另外，依据法律对索贿行为的有关规定，索取他人财物的，无论是否为他人谋取利益均构成受贿罪。显然，国家机关工作人员只要利用职务上的便利索取他人财物，便构成受贿罪，而不要求是否为他人谋利益。按照目前通行的观点，索取与收受他人财物的不同之处仅仅在于前者是积极主动地索要他人财物，后者则是被动地接受他人财物。而这仅仅是受贿行为的方式与手段的不同，是定量因素，二者在侵害公务人员公务行为廉洁性的本质上是相同的。同为受贿一个罪名，其构成要件应相同，立法上的不同规定则造成了法律条文的又一冲突。

（4）取消"为他人谋取利益"的要件，可以避免司法机关在打击受贿罪中面临的两难处境，解决理论与实践相互脱节的矛盾。无论是把"为他人谋取利益"作为主观要件，还是作为客观要件或许诺，都可能会把只收受当事人财物，而不为当事人谋取利益的行为排除在受贿罪的范围之外。但是在司法实践上，只要行为人是国家工作人员，利用职务上的便利收受了他人财物，就当然地作为受贿罪处理，这与法律的现行规定并不符合。取消"为他人谋取利益"这一要件，就可以解决司法实践中要么放纵犯罪人要么违反罪刑法定原则的两难境地。

（5）取消“为他人谋取利益”这一要件，也可以使那些既收受他人财物，而又不为他人办事的人逃避不了受贿罪的刑事责任。根据前述观点的理解，只收受财物而不为他人谋取利益的行为，甚至是“帮倒忙”的情况，都是不能以受贿罪论处的，这样就使得收受他人财物的受贿人有逃脱法律制裁的可能，因为只要他从最初就不想、不承诺，实际上也没有“为他人谋取利益”的主观目的与客观行为，那么就根本不能构成受贿罪。另外，取消这一要件，也就自然解决了关于受贿罪既遂与未遂问题的矛盾与冲突，只要行为人利用职务上的便利非法收受了他人财物，就当然地构成受贿罪。

（6）取消“为他人谋取利益”这一要件，也解决了司法机关在证明“为他人谋取利益”这一要件以及收受他人财物与为他人谋取利益之间因果关系的难题。影响全国并在全国理论界与实践部门引起强烈分歧的安徽陈晓案[①]为这一要件规定的不合理性做出了最好的注脚。相较而言，证明行为人利用职务上的便利收受了他人贿赂与证明行为人不仅收受了财物，而且还为他人谋取利益或有为他人谋取利益的目的或许诺，要简单得多，客观得多。

（7）“为他人谋取利益”可由“利用职务之便”所包容。在“利用职务之便”之外再规定一个“为他人谋取利益”实属多余。“利用职务之便”可以包括两个方面的内容：①国家工作人员利用自己身为国家工作人员的身份、职务收受贿赂；②国家工作人员利用自己的职务便利为行贿人谋取利益。把“为他人谋取利益”归结到“利用职务上的便利”之中是由二者本身性质所决定的一种必然结果。受贿罪的行为要素完全可以归结为以下两个方面：一是利用职务上的便利（其中已包含“为他人谋取利益”）；二是索取、收受他人贿赂。这二者之间的关系可以称之为手段与目的关系，即国家工作人员是“利用职务上的便利”（手段行为）来索取、收受他人贿赂（目的行为）。可见，在“利用职务便利”之外，再规定一个“为他人谋取利益”的条件，不仅割裂了“利用职务之便”本身的性质，而且系重复表述，实为画蛇添足、作茧自缚之举。[②]

---

① 陈晓案：陈晓担任中国电子物资公司安徽公司总经理期间，利用职务之便，1992 年和 1993 年初为其下属单位实业公司承包人李剑峰谋取高达 180 多万元超额利润，于 1993 年和 1994 年春节前后三次收受李剑峰所送人民币 33 万元和港币 15 万元。1998 年 5 月被起诉，一审法院认为“事后受财”无法证明双方“事先约定”，而没有“受贿故意”不构成受贿罪 。判决后，检察院提出抗诉。同年 12 月安徽省高级人民法院开庭审理此案，并于次年 12 月裁定发回重审，2000 年 1 月重审认定陈晓受贿罪成立，处 10 年有期徒刑。该案的第一次一审无罪判决做出后，不少人惊呼法律为贪官指明了一条既可以大量收受财物而又不构成犯罪的道路。

② 参见游伟、肖晚祥：《论受贿罪构成要件中的“为他人谋取利益”——现行立法及其与理论、司法的冲突研究》，载《政治与法律》2000 年第 6 期。

(8) 不以"为他人谋取利益"作为受贿罪的构成要件，是国际上绝大多数国家的做法。综观各国刑事立法，只有少数国家规定构成受贿罪必须要以行为人谋取利益为要件，其代表有俄罗斯、巴基斯坦、蒙古、意大利等国《刑法》。如《意大利刑法典》第319条规定：公务员对其不执行职务或迟延执行违背职务之行为，而为自己或第三人收受或期约金钱或其他利益者，处2年以上5年以下徒刑……再如现行《俄罗斯联邦刑法典》第290条规定：公职人员亲自或通过中间人接受金钱、有价证券、其他财产或财产性质的利益等形式的贿赂，从而实施有利于行贿人或其被代理人的行为（不作为），如果此种行为（不作为）属于公职人员的权限，或公职人员由于职务地位有可能促成此种行为（不作为），以及利用职务之便进行一般庇护或纵容的，或者公职人员受贿从而实施非法行为（不作为）的，构成受贿罪。但是绝大多数国家都没有将受贿人为行贿人谋取利益作为受贿罪成立的构成要件，如日本、韩国、德国、泰国、美国（《模范刑法典》）、奥地利以及我国的香港、台湾地区等。其中多数国家又将受贿分为因受贿而违背职务和没有违背职务两种情况，对前者规定了重于后者的法定刑。如韩国现行《刑法》第129条第1项规定：公务员或者仲裁人，收受、索取或约定与职务有关的贿赂的，处5年以下劳役或者10年以下停止资格；第131条第1项规定：公务员或者仲裁人犯前二条之罪，而实施不正行为者，处1年以上有期劳役。[①] 我国台湾地区"刑法"第121条也规定：公务员或仲裁人对于职务上之行为，要求、期约或收受贿赂或其他不正利益者，处7年以下有期徒刑，得并科5 000元以下罚金。第122条规定：公务员或仲裁人对于违背职务之行为，要求、期约或收受贿赂或其他不正利益者，处3年以上、10年以下有期徒刑，得并科7 000元以下罚金。因而为违背职务上之行为者，处无期徒刑或五年以上有期徒刑，得并科1万元以下罚金。[②]

当然，在列足取消"为他人谋取利益"要件的理由之后，也许会有人担心取消这一要件可能会使受贿行为与亲友间的正常馈赠、礼尚往来行为无法区别，把正常的行为作为犯罪来处理，有滥张刑网之嫌。因为国家工作人员也与一般人一样，难免与亲戚、朋友、同学、同事、同乡之间进行交往，相互之间互赠礼品也是正常的。如果取消"为他人谋取利益"这一要件，会混淆受贿与接受亲友馈赠之间的界限，扩大打击面。这种担心其实是多余的。首先，法律并没有规定受贿

---

① 参见《韩国刑法典及单行刑法》，[韩] 金永哲译，赵秉志专业审校，中国人民大学出版社1996年版，第22、23页。

② 参见林纪东、蔡墩铭等主编：《新编基本六法全书》，台湾五南图书出版公司1998年版，第761、762页。

与行贿不能发生在亲友之间。亲友之间的钱财往来也并不都是礼尚往来的天然情谊，在亲友之间同样也存在利用职务上的便利收受他人财物的问题。因此，以亲友与否作为区分罪与非罪的界限是没有法律根据的。其次，受贿与接受馈赠，虽然都表现为接受财物，但有本质的区别。受贿完全不同于馈赠，无论是客观的行为方式还是主观的心理态度，都与馈赠完全不同。在主观上，受贿罪是受贿人利用职务之便去与行贿人进行交易，并非基于亲情、友谊，总是在权利和财物上有所追求。在客观上，受贿是基于国家工作人员的某种特定的职务，没有这一职务，就不可能产生行贿人对受贿人行贿的行为。基于此，笔者认为，尽管接受馈赠与受贿有许多相似之处，区分二者有一定困难，但是，只要抓住受贿罪利用职务之便进行权钱交易这一本质特征，在实践中是完全可以正确地区分馈赠与受贿，正确地把握受贿罪与非罪的界限的。实际上，即使在受贿罪的犯罪构成中规定有“为他人谋取利益”的字样，也并不能起到区别亲友间的正常礼尚往来与以亲友之名进行行贿受贿的界限的作用。因为在亲友之间也并不乏以亲友亲情之名而行行贿受贿之实的。只要是超出了亲友之间的正常礼尚往来性质的范围，虽是在亲友名义掩盖下的利用职务上的便利，收受他人财物的行为，同样也应该作为犯罪处理。因此，为不为他人谋取利益并不能成为区分亲友间行贿受贿与正常馈赠之间的界限。正如有学者指出的：“关键在于该财物的收受是建立在什么基础之上的。贿赂归根结底是建立在公务人员的职务权力的制约性基础之上的，是职务权力的衍生物，而且贿赂的轻重通常也是与职务权力的大小、可能为行贿人谋取利益的多少呈对应关系的。而亲友间的馈赠，则是建立在亲友关系的基础之上的，是表达亲情友情的一种方式。”① 相反，规定了“为他人谋取利益”，却易于使一些受贿行为人借亲友的名义大肆收受贿赂而能有借口逃避刑事法律的制裁。

综上所述，笔者以为，我国刑法关于受贿犯罪的条文设置，不但不能弥合理论界因“为他人谋取利益”引发的长久争议，而且还造成司法机关在具体的实务操作中左右为难的困境。因此，为了避免法律规定上的缺陷与漏洞，为了严密打击受贿罪的法网，为了使司法机关在严格遵守罪刑法定原则后也能有效地打击为“为他人谋取利益”的利用职务上的便利非法收受他人财物的行为，保证国家机关及其工作人员的廉洁与公正，维护国家机关及其工作人员的良好形象与信誉，我国刑法也需要在立足本国国情的基础上参照各国的主要做法②，对受贿罪的法

① 王作富、韩耀元：《论受贿罪的刑法完善》，载高铭暄主编：《刑法修改建议文集》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 633 页。

② 关于各国对于受贿罪的具体规定，在前文已有详述，在此不赘。

条规定进行合理的重构是势在必行。从而使得受贿罪的立法更加科学化，以减少理论和司法实务中的混乱。

为了使法律的规定能适应现实的需要，法律条文的设置，既要体现出一定的包容性，这是法律发挥保护、惩治功能的需要；又要体现出可行的操作性，这是司法实践的要求。因此，笔者认为，立法上可将“为他人谋取利益”作为一个量刑情节，具有该情节的其法定刑应重于一般的受贿行为。同时，应区分所谋取利益的正当与不正当。为他人谋取不正当利益的，其法定刑又应该重于为他人谋取正当利益的，使罪责刑相适应。这样，这样既能解决实践中那些脱逸于法律惩罚的现象，充分发挥刑法惩治当前愈演愈烈的受贿犯罪态势的功效，解决司法实务中进退维谷的困境，又能避免理论界对法律理解的分歧；同时，既符合刑法理论，又符合世界各国国际刑事立法的主流。

## 八、结语

龚建平黑哨案虽已随着北京市第一中级人民法院的受贿罪判决而落下帷幕，但它所引起的诸多争议问题以及社会所给予的广泛关注，不仅带给我们重要的理论启迪，而且彰显了我国现行法律规定的诸多弊端和漏洞。足球腐败侵犯的不是哪一个或几个俱乐部的利益，而是破坏了整个足球市场的公平运转，损害了社会机体的健康，破坏了公平、公正、透明等价值，“黑哨”、“黑中介”及其他涉黑分子都有经济犯罪嫌疑。对之提起公诉，不仅是要惩治犯罪行为，也是为了维护安定团结的大好局面。一个走向法治的社会，就是要破除一切法治“特区”。只要出现了违法行为，无论牵扯到什么领域、什么人，都必须依法追究，这是法治社会的内在要求。足球不是特区，足球腐败当然要绳之以法。这个问题的依法解决，必将成为中国当代司法实践中的标志性事件。

（撰稿人　赵辉*）

---

* 北京市纪律检查委员会干部，法学硕士。

# 附录一：

## 北京市宣武区人民法院刑事判决书

（2003）宣刑初字第32号

公诉机关：北京市宣武区人民检察院。

被告人龚建平，男，1961年7月12日出生，汉族，北京市人，大学文化，首都体育学院教师、国际级足球裁判员，住本市海淀区学院路20号35楼3门403号；因涉嫌犯公司、企业人员受贿罪，于2002年3月15日被羁押，同年4月17日被逮捕；现羁押在北京市宣武区看守所。

辩护人王冰，北京市中通律师事务所律师。

辩护人侯冀雁，北京市中通律师事务所律师。

北京市宣武区人民检察院以京宣检经诉字（2002）第41号起诉书指控被告人龚建平犯企业人员受贿罪，于2002年12月19日向本院提起公诉。本院遵照北京市高级人民法院指定管辖决定，立案受理，并依法组成合议庭，于2003年1月29日公开开庭审理了本案。北京市宣武区人民检察院指派检察员董世敏、高琴、代理检察员饶文彬出庭支持公诉，被告人龚建平及其辩护人王冰、侯冀雁到庭参加诉讼。现已审理终结。

北京市宣武区人民检察院指控：被告人龚建平于2000年至2001年期间，受中国足球协会指派，在全国足球甲级队A组B组联赛中，利用担任主裁判员的职务便利，先后9次非法收受参赛方青岛颐中海牛、上海申花、浙江绿城、大连实德、山东鲁能、江苏舜天足球俱乐部给予的财物，共计人民币385 000元。

北京市宣武区人民检察院向本院移送了该案的证人证言、书证等证据，认为被告人龚建平在受中国足球协会指派担任全国足球联赛裁判员期间，利用担任主裁判的职务便利，非法收受参赛方足球俱乐部给予的贿赂款，数额巨大，其行为破坏了企业的正常管理活动和社会主义市场经济秩序，触犯了《中华人民共和国刑法》第163条第1款之规定，已构成企业人员受贿罪，提请本院依法惩处。

对于公诉机关的上述指控，被告人龚建平在法庭审理中辩称：收受他人钱款的事实存在，但其收受的钱款是当地足球协会工作人员给予的，不是足球俱乐部

人员给予的；在比赛中，其按照足球比赛规则，公平执法，没有与任何人达成过协议，也没有为任何球队谋取利益；其从大学毕业后一直担任教师工作，不属于公司、企业人员，不构成企业人员受贿罪；方信忠给予其人民币 80 000 元时，明确告知其中包含有给两名助理裁判员的部分钱款，其分给两名助理裁判员的 15 000 元，应从收取的 80 000 元中扣除。

被告人龚建平的辩护人王冰、侯冀雁在法庭审理中提出如下辩护意见：被告人龚建平的身份及行为不符合刑法关于企业人员受贿罪主体和犯罪客观方面的规定。中国足球协会是在民政机关登记注册的受国家体育总局主管的全国足球专项体育社会团体法人，不是企业；被告人龚建平受中国足球协会选派，担任全国足球甲级队 A 组 B 组联赛的裁判员，不属于企业工作人员；虽然收受他人财物，但没有利用担任主裁判的职务便利为他人谋取利益；检察机关指控其犯有企业人员受贿罪不能成立。被告人龚建平的行为不构成犯罪。另外，在龚建平收受方信忠给予的人民币 80 000 元时，由于方信忠明确告知其中包含有给两名助理裁判员的部分钱款，龚建平分给两名助理裁判员的 15 000 元应予扣除。

被告人龚建平的辩护人王冰、侯冀雁向法庭提供了教师资格认定申请表、干部履历表、中国足球协会章程以及国家民政部证明文件等证据材料，以证明被告人龚建平不属于公司、企业人员。

经审理查明：

2000 年至 2001 年，被告人龚建平在受中国足球协会指派担任全国足球甲级队 A 组 B 组联赛主裁判员期间，利用职务之便，明知他人有让其在比赛中予以关照的请托，9 次收受他人给予的财物，共计人民币 370 000 元。具体事实如下：

2000 年 4 月 16 日，被告人龚建平在山东省青岛市赛区执行全国足球甲级队 A 组联赛青岛海牛足球队与山东泰山足球队比赛的裁判任务。次日，龚建平在北京市海淀区北太平庄附近收取该场比赛的助理裁判员刘雨涛给予的人民币 5 000 元。此款是青岛颐中海牛足球俱乐部工作人员迟伟让刘雨涛转交龚建平的。

2001 年 3 月 11 日，被告人龚建平在上海市赛区执行全国足球甲级队 A 组联赛上海申花足球队与深圳科健足球队比赛的裁判任务。赛后数天，龚建平在北京收受江苏舜天足球俱乐部总经理潘强给予的人民币 50 000 元。此款是上海申花足球俱乐部工作人员翟郁明让潘强转交龚建平的。

2001 年 4 月 21 日，被告人龚建平在浙江省杭州市赛区执行全国足球甲级队 B 组联赛浙江绿城足球队与天津立飞足球队比赛的裁判任务。比赛前一天，龚建平在杭州市国际大酒店收受浙江绿城足球俱乐部工作人员方信忠给予的人民币 20 000 元。

2001 年 5 月 31 日，被告人龚建平在四川省成都赛区执行全国足球甲级队 A 组联赛四川商务通足球队与上海申花足球队比赛的裁判任务。数日后，龚建平在北京收受江苏舜天足球俱乐部总经理潘强给予的人民币 50 000 元。此款是上海申花足球俱乐部工作人员翟郁明让潘强转交龚建平的。

2001 年 6 月 17 日，被告人龚建平在辽宁省大连市赛区执行全国足球甲级队 A 组联赛大连实德足球队与云南红塔足球队比赛的裁判任务。赛后当晚，龚建平在大连市海天白云酒店的楼下收受大连市足协工作人员于敬釜给予的人民币 30 000 元。

2001 年 6 月 24，被告人龚建平在山东省济南市赛区执行全国足球甲级队 A 组联赛山东鲁能足球队与八一振邦足球队比赛的裁判任务。比赛前后，龚建平在济南市南郊宾馆收受山东鲁能足球俱乐部工作人员蒋玉峰给予的人民币共 100 000 元。

2001 年 7 月 7 日，被告人龚建平在浙江省杭州市赛区执行全国足球甲级队 B 组联赛浙江绿城足球队与厦门红狮足球队比赛的裁判任务。赛后，龚建平在杭州市西子宾馆收受浙江绿城足球俱乐部工作人员方信忠给予的人民币 80 000 元。后龚建平分给本场第一助理裁判员刘秉成人民币 10 000 元，分给第二助理裁判员刘佳人民币 5 000 元。

2001 年 8 月 11 日，被告人龚建平在江苏省南京市赛区执行全国足球甲级队 B 组联赛江苏舜天足球队与广东宏远足球队比赛的裁判任务。赛后，龚建平在南京市万源酒店收受江苏省足球协会聘请的司机韩龙给予的人民币 30 000 元。此款是江苏舜天足球俱乐部总经理潘强让韩龙转交龚建平的。

2001 年 10 月 28 日，被告人龚建平在山东省济南市赛区执行全国足球甲级队 A 组联赛山东鲁能足球队与重庆力帆足球队比赛的裁判任务。赛后，龚建平在北京首都体育学院内收受山东鲁能足球俱乐部工作人员蒋玉峰给予的人民币 20 000元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

（1）证人刘雨涛、迟伟、潘强、霍郁明、郁知非、方信忠、沈强、于敬釜、蒋玉峰、董罡、宋卫平、刘佳、刘秉成、韩龙等证言以及龚建平在侦查期间的供述，证实龚建平明知他人有让其在比赛中予以关照的请托，于比赛前后 9 次共计收受他人人民币 370 000 元的经过。

（2）北京市公安局宣武分局预审大队出具的案件来源证实：2002 年 3 月 15 日将犯罪嫌疑人龚建平从北京市海淀区学院路 20 号院内抓获。

（3）中国足球协会出具的足球裁判员龚建平基本情况证实：龚建平 1982 年 12 月被北京市足协批准为国家一级裁判员；1992 年 3 月被原国家体委批准为国家级裁判员；2001 年 1 月由中国足协推荐，被国际足联批准为国际级裁判员。

(4) 中国足球协会出具的龚建平执裁9场比赛情况表证实：起诉书指控的事实相关的9场比赛当场主裁判均为龚建平。

(5) 国家体育总局竞技体育司出具的关于全国足球甲级联赛性质的说明证实：全国足球甲级联赛是经国家体育总局批准，由中国足球协会主办，各地方足球协会或地方体育行政管理部门承办，以各足球俱乐部为参赛单位，按照统一的规程、规则以及管理规定，按水平分等级，以主客场赛制为主的全国性单项比赛。

(6) 中国足球协会出具的中国足协裁判的聘任与选派程序证实：2001年及以前，每年甲级联赛裁判员名单由中国足协裁判委员会在国家级裁判员中选定。

(7) 中国足球协会出具的中国足球协会登记证书及中国足球协会的性质与管理现状证实：中国足球协会是在中华人民共和国民政部注册的独立社团法人，每年组织全国各级联赛、杯赛，由国家体育总局审批。

(8) 国家体育总局足球运动管理中心出具的目前我国足球行业管理体制现状证实：足球运动管理中心为国家体育总局直属事业单位，同时又是中国足球协会的常设办事机构，并赋予对足球运动项目全面管理职能；与国家体育总局是领导与被领导的关系。在中国足球协会注册的裁判员在中国足球协会举办比赛时接受中国足球协会裁判委员会的指派赴赛区执行裁判工作任务。

(9) 北京市公安局宣武分局提供的赃款、赃物的收缴情况说明证实，龚建平收受他人的钱款已全部收缴并扣押在案。

对于被告人龚建平及其辩护人提出的中国足球协会是在民政机关登记注册的受国家体育总局主管的全国足球专项体育社会团体法人，被告人龚建平受中国足球协会选派，担任全国足球甲级队A组、B组联赛的裁判员，不是企业工作人员的辩解和辩护意见，本院予以采纳。

对于被告人龚建平及其辩护人提出的龚建平收受方信忠给予的人民币80 000元时，方信忠明确告知其中包含有两名助理裁判员的部分钱款，龚建平分给两名助理裁判员的15 000元应予扣除的辩解和辩护的意见，本院予以采纳。

对于被告人龚建平及其辩护人提出的龚建平收受的钱款是当地足球协会工作人员给予的，而不是足球俱乐部人员给予的，龚建平在比赛中，按照足球比赛规则，公平执法，没有与任何人达成过协议，没能利用职务便利为他人谋取利益的辩解及辩护意见，经查，龚建平利用受中国足球协会指派担任全国足球联赛裁判员的职务便利，明知他人有让其在比赛中予以关照的请托，在比赛前或比赛后非法收受他人给予的钱款，无论这些钱款是当地足球协会工作人员给予的，还是参赛方足球俱乐部的工作人员给予的，亦无论其在比赛中的是否公平执法，均不影

响对其收受贿赂行为性质的认定。故此辩解及辩护意见，本院不予采纳。

本院认为，根据《中华人民共和国体育法》的有关规定，全国足球甲级队A组、B组联赛作为全国单项体育竞赛，由中国足球协会负责管理。被告人龚建平受中国足球的协会指派，在全国足球联赛中执行裁判工作任务，属于《中华人民共和国刑法》第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，应以国家工作人员论。被告人龚建平利用担任裁判员职务之便，接受请托，多次收受他人给予的财物，且数额巨大，构成受贿罪。被告人龚建平在被采取强制措施后，主动坦白交代了受贿罪的大部分事实，酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第385条第1款，第386条，第383条第1款第（1）项，第64条的规定，判决如下：

一、被告人龚建平犯受贿罪，判处有期徒刑10年。（刑期自判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日，即自2002年3月15日起至2012年3月14日日止）。

二、在案扣押赃款人民币370 000元，予以没收。

如不服本判决，可以接到判决书的第二日起10日内，通过本院或者直接向北京市第一中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本1份，副本3份。

审判长：张晓琨

审判员：郭秋阳

代理审判员：喻晓敏

2003年1月29日

书记员：张平

任丽华

北京市宣武区人民法院印章

# 附录二：

## 北京市第一中级人民法院刑事裁定书

（2003）一中刑终字第345号

公诉机关：北京市宣武区人民检察院

上诉人（原审被告人）龚建平，男，41岁（1961年7月12日出生），汉族，出生地北京市，大学文化，首都体育学院教师、国际级足球裁判员，住本市海淀区学院路20号35楼3门403号；因涉嫌犯公司、企业人员受贿罪于2002年3月15日被羁押，同年4月17日被逮捕；现羁押在北京市宣武区看守所。

辩护人王冰、侯冀雁，北京市中通律师事务所律师。

北京市宣武区人民法院审理北京市宣武区人民检察院指控原审被告人龚建平犯企业人员受贿罪一案，于2003年1月29日作出（2003）宣刑初字第32号刑事判决。原审被告人龚建平不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问上诉人龚建平，听取辩护人的辩护意见，认为事实清楚，决定不开庭审理。现已审理终结。

北京市宣武区人民法院判决认定：

2000年至2001年，被告人龚建平在受中国足球协会指派担任全国足球甲级队A组、B组联赛主裁判员期间，利用职务之便，明知他人有让其在比赛中予以关照的请托，9次收受他人给予的人民币共计37万元。具体事实如下：

2000年4月16日，被告人龚建平在山东省青岛市赛区执行全国足球甲级队A组联赛青岛海牛足球队与山东泰山足球队比赛的裁判任务。次日，龚建平在北京市海淀区北太平庄附近收取当场比赛的助理裁判员刘雨涛给予的人民币5 000元。此款是青岛颐中海牛足球俱乐部工作人员迟伟让刘雨涛转交龚建平的。

2001年3月11日，被告人龚建平在上海市赛区执行全国足球甲级队A组联赛上海申花足球队与深圳科健足球队比赛的裁判任务。赛后数天，龚建平在北京收受江苏舜天足球俱乐部总经理潘强给予的人民币5万元。此款是上海申花足球俱乐部工作人员霍郁明让潘强转交龚建平的。

2001年4月21日，被告人龚建平在浙江省杭州市赛区执行全国足球甲级队B组联赛浙江绿城足球队与天津立飞足球队比赛的裁判任务。比赛前一天，龚建平在杭州市国际大酒店收受浙江绿城足球俱乐部工作人员方信忠给予的人民币2万元。

2001年5月31日，被告人龚建平在四川省成都市赛区执行全国足球甲级队A组联赛四川商务通足球队与上海申花足球队比赛的裁判任务。数日后，龚建平在北京收受江苏舜天足球俱乐部总经理潘强给予的人民币5万元。此款是上海申花足球俱乐部工作人员让潘强转交龚建平的。

2001年6月17日，被告人龚建平在辽宁省大连市赛区执行全国足球甲级队A组联赛大连实德足球队与云南红塔足球队比赛的裁判任务。赛后当晚，龚建平在大连市海天白云酒店的楼下收受大连市足协工作人员于敬荣给予的人民币3万元。

2001年6月24日，被告人龚建平在山东省济南市赛区执行全国足球甲级队A组联赛山东鲁能足球队与八一振邦足球队比赛的裁判任务。比赛前后，龚建平在济南市南郊宾馆收受山东鲁能足球俱乐部工作人员蒋玉峰给予的人民币共10万元。

2001年7月7日，被告人龚建平在浙江省杭州市赛区执行全国足球甲级队B组联赛浙江绿城足球队与厦门红狮足球队比赛的裁判任务。赛后，龚建平在杭州市西子宾馆收受浙江绿城足球俱乐部工作人员方信忠给予的人民币8万元。后龚建平分给本场第一助理裁判员刘秉成人民币1万元；分给第二助理裁判员刘佳人民币5 000元。

2001年8月11日，被告人龚建平在江苏省南京市赛区执行全国足球甲级队B组联赛江苏舜天足球队与广东宏远足球队比赛的裁判任务。赛后，龚建平在南京市万源酒店收受江苏省足球协会聘请的司机韩龙给予的人民币3万元。此款是江苏舜天足球俱乐部总经理潘强让韩龙转交龚建平的。

2001年10月28日，被告人龚建平在山东省济南市赛区执行全国足球甲级队A组联赛山东鲁能足球队与重庆力帆足球队比赛的裁判任务。赛后，龚建平在北京首都体育学院内收受山东鲁能足球俱乐部工作人员蒋玉峰给予的人民币2万元。

上述事实，有原审法院经庭审质证、认证的证据证实：

（1）证人刘雨涛、迟伟、潘强、霍郁明、郁知非、方信忠、沈强、于敬釜、蒋玉峰、董罡、宋卫平、刘佳、刘秉成、韩龙等人的证言及龚建平在侦查期间的供述，证实龚建平明知他人有让其在比赛中予以关照的请托，于比赛前后9次收

受人民币共计 37 万元的经过。

（2）北京市公安局宣武分局出具的案件来源证实：2002 年 3 月 15 日将龚建平抓获。

（3）中国足球协会出具的证明材料证实：龚建平 1982 年 12 月被北京市足协批准为国家一级裁判员；1992 年 3 月被原国家体委批准为国家级裁判员；2001 年 1 月由中国足协推荐，被国际足联批准为国际级裁判员。

（4）中国足球协会出具的比赛情况表证实相关 9 场比赛当场主裁判均为龚建平。

（5）国家体育总局竞技体育司出具的说明证实：全国足球甲级联赛是经国家体育总局批准，由中国足球协会主办，各地方足球协会或地方体育行政管理部门承办，以各足球俱乐部为参赛单位，按照统一的规程、规则以及管理规定，按水平分等级，以主客场赛制为主的全国性单项比赛。

（6）中国足球协会出具的中国足协裁判的聘任与选派程序证实：2001 年及以前，每年甲级联赛裁判员名单由中国足协裁判委员会在国家级裁判员中选定。

（7）中国足球协会出具的登记证书及其性质与管理现状证实：中国足球协会是在中华人民共和国民政部注册的独立社团法人，每年组织全国各级联赛、杯赛，由国家体育总局审批。

（8）国家体育总局足球运动管理中心出具的目前我国足球行业管理体制现状证实：足球运动管理中心为国家体育总局直属事业单位，同时又是中国足球协会的常设办事机构，并赋予对足球运动项目全面管理职能；与国家体育总局是领导与被领导的关系。在中国足球协会注册的裁判员在中国足球协会举办比赛时接受中国足球协会裁判委员会的指派赴赛区执行裁判工作任务。

（9）北京市公安局宣武分局提供的赃款收缴情况说明证实：龚建平收受的钱款已全部收缴并扣押在案。

根据以上事实和证据，北京市宣武区人民法院认为，根据《中华人民共和国体育法》的有关规定，全国足球甲级队 A 组、B 组联赛作为全国单项体育竞赛，由中国足球协会负责管理。被告人龚建平受中国足球协会指派，在全国足球联赛中执行裁判工作任务，属于《中华人民共和国刑法》第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，应以国家工作人员论。龚建平利用担任裁判员职务之便，接受请托，多次收受他人给予的财物，数额巨大，构成受贿罪。其能够主动坦白受贿罪的大部分事实，故依法判决：

一、被告人龚建平犯受贿罪，判处有期徒刑 10 年。

二、在案扣押赃款人民币 37 万元，予以没收。

上诉人龚建平的上诉理由是：其不是国家工作人员，中国足球协会是民间组织；赛前未达成任何利用职务之便为他人谋取利益的协议；原判认定的第 1 项事实其不知道；认定的第 9 项事实与比赛无关，钱款是他人的馈赠。

龚建平的辩护人提出的辩护意见为：

（1）原审法院更名判罪违反立案侦查的管辖规定；所作出的有罪判决未给被告人及辩护人提供针对受贿罪的辩解和辩护机会。

（2）认定龚建平属于其他依照法律从事公务的人员，无事实和法律依据。足协作为社会团体法人组织，不具有国家公共事务管理职能，龚建平的工作属于劳务合同，确定其具有国家工作人员身份不符合事实。

（3）龚建平虽收受了财物，但没有为他人谋取利益，不具备受贿罪的客观要件，不构成犯罪。应对龚建平宣告无罪。

经二审审理查明的事实、证据与一审相同，本院经审核予以确认。

对于上诉人龚建平就原审判决认定事实所提出的上诉理由，经查，龚建平受中国足球协会指派在全国足球联赛中执裁，明知他人有具体的请托事项而多次收受他人给予的钱款，其行为符合受贿罪利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益的构成要件。其上诉理由及辩护人所提出的辩护意见，缺乏相关事实及证据佐证，本院不予认定。

本院认为，根据《中华人民共和国体育法》的规定，全国足球甲级联赛作为全国单项体育竞赛由中国足球协会负责管理，上诉人龚建平受中国足球协会指派在全国足球联赛中执裁，属于《刑法》第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”，依法应以国家工作人员论。龚建平利用执裁的职务之便，接受请托并多次收受钱款，数额巨大，其行为已构成受贿罪，依法应予惩处。龚建平及其辩护人关于龚建平不具备受贿罪主体身份的上诉理由和辩护意见，与在案查明的事实及证据不符，亦与法律相悖，本院均不予采纳。原审人民法院根据庭审查明的事实、证据和有关法律规定，并在充分考虑控辩双方意见的基础上认定龚建平构成受贿罪，虽与起诉指控罪名不一致，但符合法律和最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第 176 条第（2）项的规定。本案在公安机关立案侦查和检察机关审查起诉过程中，依法保障了上诉人龚建平的各项诉讼权利。龚建平的辩护人关于原审法院更名判罪违反立案侦查管辖规定，未给被告人及辩护人提供针对受贿罪的辩解和辩护机会的辩护意见，于法无据，本院不予采纳。原审人民法院根据龚建平犯罪的事实。犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度所做出的判决，定罪及适用法律正确，量刑适当，对在案赃

款的处理亦正确，审判程序合法，应予维持。据此，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第（1）项之规定，裁定如下：

驳回龚建平的上诉，维持原判。本裁定为终审裁定。

审判长：陆伟敏
代理审判员：宋磊
代理审判员：马惠兰
2003年3月28日
书记员：翟长望

# 冼晓玲等期货交易中贪污案<br>法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、关于贪污罪主体范围的探讨
六、贪污罪中“非法占有”的理解
七、从旧兼从轻原则中新旧法律的选择适用问题
八、结语
附录一：上海市黄浦区人民法院刑事判决书
附录二：上海市第二中级人民法院刑事裁定书
附录三：上海市高级人民法院再审决定书
附录四：上海市黄浦区人民法院刑事判决书

## 一、选案理由

经济领域的犯罪经常具有复杂疑难、专业性强的特点，对司法人员的专业水平要求高，非常需要有指导性和参考性的研究成果提供帮助，因此，对这类案件进行深入探讨的理论和实务价值较高。冼晓玲等期货交易中贪污案即属于此类案件。该案的诉讼历经检察机关抗诉、上海市高级人民法院指令再审等程序，足以反映问题的复杂性和疑难性。值得关注的是，最高人民法院公报 2003 年第 2 期（总第 82 期）以及《中国审判案例要览（1999 年刑事审判案例卷）》都收录了该案例，但是，前者是在按审判监督程序对本案进行改判后收录，后者则是在二审

终审判决生效后收录。两次被作为典型案例收录司法机关汇编的材料或案例集，可见其具有一定代表性。因此，该案入选本书。

## 二、基本案情

被告人窦沛颖（男）自1995年5月至案发，担任中国有色金属材料华东公司（以下简称“华东公司”）期货部经理。其主要职责是：主持本部门日常业务活动和行政管理工作，负责实施自营及代理业务，负责代理客户具体分单工作。

被告人冼晓玲（女）自1995年4月至1996年6月间，担任上海市金属材料总公司（以下简称“金属总公司”）期货部报单员。其职责是主要负责对口华东公司期货部报单及记载相应盈亏记录。

1995年5月，被告人窦沛颖与冼晓玲因业务关系相识。不久，冼向窦提出以其丈夫朱敏的名义在窦所在的华东公司期货部设立编码为034的私人账户进行期货交易。1995年11月1日，冼晓玲电话委托窦沛颖在034账户上买入交割期为9511的三夹板300手（每手200张，成交价为每张人民币43.7元），成交后三夹板价格下跌，冼为避免个人损失，利用其报单员的职务便利，通知窦沛颖将这300手三夹板转入其单位金属总公司的001期货自营账户上，窦表示同意，但向冼提出这笔合约必须要向冼单位的副总经理何伟报告。当日交易所收盘后，窦沛颖通知华东公司结算人员将原本应入034私人账户上的300手三夹板合约转入金属总公司的自营账户。冼晓玲则对何伟谎称该300手三夹板系听错指令购入，得到领导认可后登记入本单位持仓汇总表。当日三夹板的结算价为每张43.06元，因被告人的转嫁行为，使得金属总公司当天持仓亏损人民币3.84万元。之后，冼按何伟指令，将300手三夹板与金属总公司前后开仓买入的三夹板一起平仓卖出，该300手三夹板亏损人民币26.9万元。

同年11月17日，冼晓玲电话通知窦沛颖，要求在034账户上买入交割期为9512的红小豆400手（每手2吨，成交价每吨2 380元）。成交后红小豆价格上涨，冼即打电话给窦要求平仓，窦都认为价格还会继续上涨，劝冼再缓一缓平仓，冼也默认。但在临收盘前，红小豆价格下跌。当日交易所收盘后，冼又打电话责怪窦没有及时平仓，窦坚持称此行情还会看好，并表示这400手可算在他所在的华东公司自营账户内，冼听后即默认。窦随后电话通知华东公司结算人员将原本应入034私人账户的400手红小豆合约转入本单位编号为018的自营账户上。当日红小豆的结算价为每吨2 345元，华东公司为此持仓亏损人民币2.8万元。同年11月22日，窦因为担心红小豆行情继续下跌即平仓卖出，使得华东公司亏损人民币24.4万元。案发后，被告人窦沛颖退缴人民币44万元。被告人冼

晓玲退缴人民币 9 万元。

据此，检察机关认为被告人窦沛颖、冼晓玲的行为均已触犯刑法第 382 条和第 383 条，构成贪污罪。

## 三、裁判要旨

被告人在个人期货合约价格下跌时转嫁给单位的是期货交易风险，在单位账户尚未平仓时只是反映单位持仓亏损，而不是对合约持有人已经造成了实际损失，不能认为将个人损失风险转嫁给单位的行为，就是非法占有单位资金；由于我国刑法没有明文规定非法转嫁期货交易风险的行为为犯罪行为，按照罪刑法定原则，对窦、冼两被告人的行为不能定罪处刑。

行为人在主观上对于价格下跌的合约转入单位是否必然造成单位损失的事实持有不能肯定、也不排斥的放任心理态度，不具有追求或希望损失发生的直接故意；在客观上两被告人将价格下跌的合约转入单位所造成的持仓亏损是暂时的、不确定的，不是实际发生的损失。

身为国有企业工作人员，在从事期货交易活动中，利用职务便利，采用欺骗手法，将私人账户上价格下跌的期货合约转入单位账户，造成单位持仓亏损数额巨大，构成贪污罪。

## 四、引发的理论问题

考察本案的整个审判经过，笔者认为有以下三个问题需要研究：

### （一）贪污罪的主体问题

本案中控、辩双方对窦沛颖的贪污罪主体不存在异议，但对冼晓玲的贪污罪主体问题存在分歧。控方认为冼晓玲是国有企业工作人员且利用职务之便实施了犯罪行为。而辩方认为报单员对公司的财产无经营管理权，所以不具备贪污罪的主体资格。因此关于贪污罪主体界限的探讨成为本文第一个研究的问题。

### （二）贪污罪中的“非法占有”的认定问题

本案争议的最大焦点是关于贪污罪非法占有问题的理解。该问题关系到本案被告人是否符合贪污罪的犯罪构成要件，也就是是否构成贪污罪的问题。控方认为两名被告人在从事期货交易活动中，利用职务便利，采用欺骗手法，将私人账户上价格下跌的期货合约转入单位账户，造成单位持仓亏损 6 万余元，其行为构成贪污罪。而辩方则认为被告人在主观上是减少个人损失，而非占有公司的财产，不符合贪污罪的非法占有目的，因此不构成贪污罪。鉴于以上意见分歧，本

文将从贪污罪非法占有的主、客观方面进行研究，提出对贪污罪非法占有问题的新的理解。

**（三）从旧兼从轻原则中新旧法律的选择适用问题**

本案发生在新《刑法》颁布以前，而判决在新《刑法》颁布以后。在本案的判决中适用到从旧兼从轻原则。本判决对于该原则的具体适用是，在对两名被告人贪污数额的认定适用的是旧《刑法》的规定，而量刑采用的是新《刑法》的规定。这种运用从旧兼从轻原则的方式值得商榷。本文将对新旧法律的选择适用问题进行研究，提出从旧兼从轻原则的具体适用原则。

## 五、关于贪污罪主体范围的探讨

本案中被告人冼晓玲自 1995 年 4 月至 1996 年 6 月间，担任金属总公司期货部报单员，其职责是：主要负责对口华东公司期货部报单及相应盈亏记录。对于被告人冼晓玲是否具备贪污罪主体身份控辩双方存在异议，最后法院判决被告人冼晓玲具备贪污罪主体身份。那么，冼晓玲到底是否具备贪污罪主体身份？本文将从以下三个方面进行阐述：

**（一）由立法演变看贪污罪主体的变迁**

“犯罪主体要件是犯罪构成其他要件乃至犯罪构成整体存在的前提条件，也是主客观相统一的定罪原则的基础。”① 贪污罪是以特殊身份作为主体要件因而作为构成要件的真正身份犯。这种以特殊身份作为要件的主体，在刑法理论上称之为特殊主体。而刑法上的特殊身份，是指“行为人在身份上的特殊资格，以及其他与一定的行为有关的，行为人在社会关系上的特殊地位或者状态。如男女性别、亲属关系、国内人国外人的区别、国家工作人员、司法工作人员等。”②

关于贪污罪的主体在我国刑事立法中曾先后作过五次不同的规定。这种现象一方面体现了立法者对贪污犯罪不同的处罚指导思想，另一方面也反映了立法是与社会政治、经济发展变革紧密相关的。贪污罪主体范围在我国经历了如下的发展演变过程：

1. 1952 年的《中华人民共和国惩治贪污条例》（1952 年 4 月 18 日中央人民政府委员会第十四次会议批准，1952 年 4 月 21 日中央人民政府公布）。它是中华人民共和国成立以后关于贪污罪的第一个刑事立法。其中第 2 条规定，贪污罪主

---

① 高铭暄主编：《刑法学原理》（第 1 卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 625 页。

② 张明楷主编：《刑法学》，法律出版社 2000 年版，第 179 页。

体是“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员”。从这一规定可以看出立法者对贪污罪主体的身份限定为国家工作人员，其范围是非常明确的。这一规定一直沿用至1979年《刑法》的制定。

2. 1979年《中华人民共和国刑法》（1979年7月1日）第155条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物的，处……受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员犯第一款罪的，按照前两款规定处罚。”与《中华人民共和国惩治贪污条例》相比，1979年刑法中规定的贪污罪主体增加了受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员这类人员。从以上变化不难看出立法者对贪污罪主体的立法思想发生了变化。从单一的身份标准增加为身份和是否从事公务活动双重标准。

3. 1988年的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（1988年1月21日）对贪污罪的主体范围作了进一步扩大，将贪污罪的主体扩大为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”。这样对贪污罪的主体在“国家工作人员”之外，增加了“集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”，并以此取代了原刑法关于“受委托从事公务的人员”的规定。这是立法中对贪污罪主体外延所做的最为宽泛的一次规定。这一修改是社会经济发展的产物。随着改革开放的深入，基层政权组织和集体经济组织逐渐分离，集体经济组织特别是乡镇企业的快速发展，引发了大量以集体经济组织工作人员为主体的经济犯罪案件。为了打击腐败，维护正常的经济秩序，将贪污罪犯罪主体加以扩大是顺应社会发展需要的。但是，由于外延过于宽泛，造成了司法实践中难以把握的缺陷。

4. 1995年的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》（1995年2月28日）（以下简称《决定》）第12条，对贪污罪的主体范围作了限制。《决定》第10条和第14条增设公司、企业人员侵占本单位财物罪，同时在第12条规定，公司、企业中的国家工作人员犯第10条之罪，即利用职务或工作之便侵占本公司、企业财物的，依照《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》规定的贪污罪处罚。而对于作为公司、企业中非国家工作人员的“集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”实施上述侵占行为的情形，《决定》却未作同样的定性要求。这实际上已将公司、企业中“集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”利用职务或者工作上的便利侵占公司、企业财物的行为排除在贪污罪的适用范围之外，从而使贪污罪的主体范围得以缩小和纯化。尔后，最高人民法院在《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》第4条中对《决定》第12条所说的国家工作人员作了进一步的解释，

该条规定："《决定》第12条所说的国家工作人员是指在国有公司、企业或者其他公司、企业中行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员，包括受国有公司、国有企业委派或者聘请，作为国有公司、国有企业代表，在中外合资、合作、股份制公司、企业中行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员。"从此规定我们不难看出，公司、企业中的人员要构成贪污罪的主体，首先必须具有国家工作人员的身份，即国家干部身份；其次才是须在公司、企业中行使管理职权。由于此规定强调在界定贪污罪的主体范围时，应以行为人是否具有国家工作人员资格身份来确定，并将这种资格身份作为其从事公务的前提。所以，有人将此种观点称之为"身份论"。与此同时，最高人民检察院在所发布的《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司、企业资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》中规定："公司、企业中的国家工作人员是指国有企业中的管理工作人员；国有企业委派到参股、合营公司、企业中行使管理职能的人员；其他依法从事公务的人员。"这是当时具有代表性的"公务论"。此观点强调，在确定行为人是否是国家工作人员时，应以其是否从事公务为标准来界定。无论行为人是否具有国家工作人员的身份，只要是依法从事公务者，即应视为国家工作人员。

5. 1997年《刑法》（1997年3月14日）第382条将贪污罪的主体限定为"国家工作人员和受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员"。第93条规定："本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、人民团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家公务人员论。"新刑法的贪污罪主体范围与1979年刑法的规定相比，比较接近；与1988年《补充规定》相比，范围大为缩小；而与1995年《规定》相比，又有所扩张。

**（二）由司法实践看贪污罪主体范围的外延**

1. 贪污罪犯罪主体的本质属性。1997年《刑法》即现行《刑法》第382条和第93条明确规定了贪污罪主体范围，但是在司法实践中仍然对贪污罪主体范围存在很大争论。究其原因，主要在于对贪污罪主体本质属性的理解不同所致。考察贪污罪主体的演变过程，我们不难发现，对于主体的本质属性的探讨，经历过一个由"从事公务"到"经手、管理公共财物"再到"从事公务"的这样一个认识反复的过程。

贪污罪的本质属性究竟是什么？刑法理论界主要有以下几种观点：[①]

① 参见赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（下卷），河南人民出版社1996年版，第419—421页。

（1）贪污罪主体的本质属性是具有公务性或称职务性。其理由是，具有公务性或职务性既是进一步明确作为贪污罪主体范围的根据，也是贪污罪主体与贪污罪客观方面“利用职务上的便利”的特征相协调的标志。贪污罪主体的公务性决定了并非所有的国家机关、国有企业、国家事业机构以及集体组织中工作的人员都可以成为贪污罪的主体。那些在上述单位和组织中从事劳务的人员则不能构成贪污罪的主体。同理，也不是任何经手、管理公共财物人员均可以实施贪污罪的，而是那些因从事公务而经手、管理公共财物的其他人员具有贪污罪的主体资格。

（2）贪污罪主体的本质属性是经手、管理公共财物。其理由是，我国刑事立法规定的贪污罪，是为了打击主管、经手、管理公共财物的人员侵犯公共财物的行为，因而贪污犯罪的实质是侵犯公共财产权的职务犯罪，而不是身份上的犯罪。职务不仅仅是指官职，也包括各种职务，具有直接性。换言之，职务建立了人与财物之间的直接关系，而身份则没有这一属性。因此，具有某种职务直接经手、管理公共财物的人员，才能成为贪污罪的主体。

（3）贪污罪主体的本质属性是利用职务上的便利。该观点认为，贪污罪是一种利用职务上便利的犯罪，贪污行为作为一种特殊的盗窃和诈骗行为，不能以静态的身份或职务来作为其主体的本质属性。有身份的人不一定都成为贪污罪的犯罪主体，有职务的人也不都能成为贪污罪主体，关键在于行为人是否利用了这种身份和职务上的便利去贪污犯罪。如果利用职务上的便利盗窃、诈骗公共财物，达到法律规定的数额标准的，就构成贪污罪，如果没有利用职务上便利的，就分别构成盗窃罪或者诈骗罪。

（4）贪污罪主体的本质属性是公共职务性。该观点认为，从事公共事业的职务性是贪污犯罪本质与现象的统一和贪污犯罪内容与形式的统一，它比较准确地概括了贪污罪主体的本质属性，在刑法理论上容易理解和掌握，在司法实践中也便于操作与实施。

（5）贪污罪主体的本质属性是身份与职务便利内容的统一。该观点认为我国刑法中的贪污罪主体的本质属性因具体的贪污罪成立条件的不同而有所不同。可以表述为因身份而对刑法规定的特定财产具有主管、管理、经手的职务便利。[①]

笔者认为，第一种观点强调从事公务，第二种观点强调经手、管理公共财物，第三种观点强调利用职务上的便利，第四种观点强调公共职务性，第五种观点强调身份和职务的统一。从以上几种观点中也不难看出我国贪污罪主体立法的

① 参见唐世月：《贪污罪研究》，人民法院出版社 2002 年版，第 137 页。

演变过程。现行《刑法》第93条的规定说明只有从事公务的人员，才属于国家工作人员，即使是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的工作人员，如果实施的行为不属于从事公务的职务行为，也不能构成贪污罪主体。所以，根据现行《刑法》的立法原意可以看出，贪污罪主体的本质属性就是“从事公务”。

2. 正确理解从事公务的含义。既然贪污罪主体本质属性就是“从事公务”，那么怎样正确理解“从事公务”呢？笔者认为首先必须正确把握“公务”的范围。

所谓“公务”，是“关于国家或集体的事物”①，是泛指一切公共性质的事物而言，包括国家性质的公务和集体性质的公务两大类。笔者认为，正确理解“公务”的含义，必须结合我国社会政治经济结构和国家职能的演进来理解。

我国的经济发展经历了一个由计划经济过渡到市场经济的过程。在计划经济体制下，国家、国家职能垄断一切，几乎一切事务都是国家事务，与“公务”相对的“私务”仅限定在很少的领域内。而市场经济则要求国家从具体的经济活动中解脱出来，以公权者的身份专注于市场经济运行的宏观管理和维护市场秩序以及裁决市场参与者之间的争议。但是我们现在处在向市场经济转变过程中，国家和社会并不能完全分离，一些社会事务仍需国家进行管理，如国有事业单位、人民团体中的事务，这些事务仍属于国家事务。我们国家的社会主义性质决定国有企业在国家经济管理活动中的重要地位，虽然国有企业的经营管理方式在改革，但目前对国有企业的管理仍是国家经济管理职能的重要部分。

目前理论界有观点认为，公务是具有国家性质的管理、组织、领导、监督等活动，它既是和“私务”相对的一个概念，也不包括广义上的集体事务，集体事务的管理活动是一种职务活动，它同公务活动有着本质区别，不具有国家性质②；也有观点认为公务是指公共事务，即国家、集体或社会的组织、监督、管理事务。具体包括政治、经济、军事、外交、文化、教育、政治、卫生民政事务等方面社会公共事务的组织、管理和监督。③ 以上观点把公务仅限为国家管理性质的事务显然范围太窄，把“集体事务”包括进来又太宽。

笔者认为，公务有广义和狭义之分，广义是指管理国家的一切事务和管理社会的公共事务，狭义仅指国家行政事务。新《刑法》中公务的范畴是指广义的公

① 《现代汉语词典》，商务印书馆1992年版，第385页。

② 参见孙谦主编：《国家工作人员职务犯罪研究》，法律出版社1998年版，第23页。

③ 参见王昌学主编：《职务犯罪特论》，中国政法大学出版社1995年版，第52页。

务，具体包括三部分：一是纯粹的国家事务；二是国家参与管理的社会事务；三是国有企业的经营管理事务。

那么，哪些行为属于从事公务行为呢？

有的学者认为，从事公务就是依法履行职责的职务行为以及其他办理国家事务的行为①；有的学者认为，从事公务是指依法进行管理国家、社会或集体事务的职能工作②；有的学者认为，从事公务是指国家机关、企业、事业单位、人民团体等公共机构或集体组织各职能部门的人员或其他受委托人员，从事组织、领导、监督、管理性的职权活动，其有两个特点：①公务活动是国家机关、企业、事业单位、人民团体和集体组织等公有制单位的职能活动；②公务活动是具有特定职务的人员的职务活动。③ 上述各种观点，从不同的侧面揭示了“从事公务”的主要特征。但是在司法实践中，有时仍显得不易把握。

从以上公务包含的内容，笔者认为，“从事公务”是依照法律规定，从事组织、领导、监督、管理国家事务和社会公务的活动，它应该与从事劳务相比较来界定。从事劳务是指一切以劳动为主从事生产性、经营性、社会服务性的活动，而非对国家的公共事务进行管理的活动。它与从事公务主要有以下几点区别：

（1）公务活动只存在于国家机关或国有单位等管辖或管理的范围内，而不存在于个体经济或者私人企业中。例如，国有企业的厂长、经理、财会人员是从事管理活动的，但是，只有在国有企业担任这些职务的人才是属于从事公务的人员，而在个体或私营企业中从事上述活动的人，都不是从事公务的人员。而劳务活动不但存在于国家机关，国有公司、企业、事业单位中，而且也存在于个体经济和私营企业中。

（2）从事公务活动的行为人，都是以其具有一定的职务身份为条件，这种职务是由法律规定所负有职责和所享有职权身份的一种法律身份。职权即职务上的权力，是执行公务的具体体现，又是执行公务的依据。没有职务上的权力即职权，执行公务也就是一句空话。如果职责和职权是一种权利与义务关系，那么上述说的职权就是行为人的权利，而职责就相对来说是一种义务。行为人具有职务这种法律身份，从事公务就是他的义务，也就是他的职责。例如，经管财务的会计、出纳，他们具有经营财务的权利，当然他们作为这种身份，有义务去经管财务这种公务活动。而在劳务活动中，不存在职务身份的特征。

---

① 参见张穹主编：《修改刑法条文实用解说》，中国检察出版社 1997 年版，第 111 页。

② 参见刘家琛主编：《新刑法条文释义》，人民法院出版社 1997 年版，第 1660 页。

③ 参见阮丹生、杨正彤：《贪污罪主体认定中的几个疑难问题》，载《国家检察官学院学报》2000 年第 1 期。

（3）公务活动的内容广泛，即对各种公共事务的管理，涉及各个领域，包括人事、经济、政治、行政、司法、军事、体育、文化、教育等。这与从事劳务和私务有着本质的区别。

（4）公务活动的范围受到一定的限制，仅限于国家事务和社会公共事务性质的活动，而劳务活动可以存在于任何性质的活动中，如个人私人活动、企业经营活动等。

（5）从事公务活动的目的是在于维护国家和社会公共利益，而劳务活动是从事生产劳动和服务劳动活动，目的在于营利。

（6）公务活动的类型是从事事务管理，可以说是脑力劳动。脑力劳动即主体为精神性质的劳动，在公务活动中体现为对国家公务和公共事物的管理；而劳务活动即主体为体力性质的劳动，系不具有普遍事务性质的仅仅具有个别意义的体力劳动。

**（三）贪污罪犯罪主体的司法界定**

综上，笔者认为，认定贪污罪的犯罪主体资格时，首先必须明确行为人的身份。在行为人身份合格的前提下，再考察行为人是否从事公务。即“身份”＋“从事公务”。

按照现行《刑法》第382条的规定，贪污罪的主体是国家工作人员和受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员。现行《刑法》第93条规定，国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员；国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家公务人员论。即贪污罪的主体包括“国家工作人员”和“以国家工作人员论”的情况。

在具备身份的前提下，再考察该主体的行为是否为从事国家公务。

前述已经论述贪污罪的本质属性是从事公务，“公务”包括纯粹的国家事务，国家参与管理的社会事务即国有事业单位、人民团体、中国共产党以及各民主党派各级委员会的事务和国有公司、企业单位的对国有财产的经营管理事务。“从事公务”指依照法律规定，从事组织、领导、监督、管理国家事务和社会公务的活动。

综合以上原理进行科学分析，就能比较准确地界定贪污罪的主体。

**（四）对本案主体的法理分析**

本案中被告人窦沛颖自1995年5月至案发，担任华东公司期货部经理。其

主要职责是：主持本部门日常业务活动和行政管理工作，负责实施自营及代理业务，负责代理客户具体分单工作。从其职责来看，被告人窦沛颖作为国有企业的期货部经理显然从事的是管理活动，其完全符合国家工作人员的主体身份。法院和检察院对窦的贪污罪主体身份不存在异议。

本案另一被告人冼晓玲是否具有贪污罪的主体身份存在异议，主要分歧点在是否从事公务上。冼晓玲自 1995 年 4 月至 1996 年 6 月间，担任金属总公司期货部报单员，其职责是：主要负责对口华东公司期货部报单及相应盈亏记录。上海金属材料总公司是国有企业，这点毫无疑问。现行《刑法》第 93 条规定国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员以国家工作人员论。那么本案中冼晓玲的报单员工作是否应是从事公务呢？

1. 我们来分析期货公司报单员的职责。随着社会经济的发展，期货交易活动作为经济领域的一项重要内容得到长足的发展。作为期货交易的载体，期货交易所代表国家承担着交易任务。国有公司的期货部主要职责是本公司的期货自营或代理客户从事期货交易，其性质属于国有企业，其业务是对国有财产的经营管理事务。在期货经纪公司中，报单员的主要职责是负责接受客户的交易指令，向场内出示代表下达交易指令。《期货交易管理暂行条例》第 4 章第 27 条规定：客户通过书面、电话或者中国证监会规定的其他方式，向期货经纪公司下达交易指令。在实际操作中，书面指令必须有客户的本人签名，电话指令以录音记录为准。在中国期货业协会关于期货经纪有限公司内部管理制度指引中也明确了报单员的职责："负责接单、报单及成交回报工作，记录交易记录。""加强工作责任心，避免错单发生，如发现错单要立即报告领导，严禁擅自处理。""收市后，负责与出市代表核对成交情况，整理保存交易记录资料。"从以上我们可以看出报单员工作是整个期货交易活动中不可缺少的一个环节，是能否顺利进行期货交易的关键。报单员负有准确报单、核对成交情况，整理保存交易记录资料的职责。他的行为将直接导致企业的盈亏，对企业的经营管理产生直接后果。

2. 我们来分析期货公司报单员的工作性质。笔者认为，报单员工作是一种公务活动而非劳务活动。因为报单员工作是期货交易过程中的一个必不可少的环节，所以它是存在于国有公司管理范围内的活动。同时报单员属于期货交易从业人员，具有职务身份，他有义务也有职责准确完成期货报单工作，目的在于维护国家和社会公共利益。另外期货交易中的报单员从事的是脑力劳动，负有对国家公务和公共事物的管理职能。

前述我们经过分析，认为公务活动应包括国有公司、企业单位的对国有财产的经营管理事务。而"从事公务"指依照法律规定，从事组织、领导、监督、管

理国家事务和社会公务的活动。所以，期货交易中的报单员所从事的是典型的公务活动。

本案中冼晓玲在300手三夹板期货交易中，要求窦沛颖将该笔交易转到冼晓玲所在的金属总公司的001期货账户上。窦向冼提出该笔和约必须要向冼单位的领导报告。冼于是利用报单员职务之便，以听错交易指令而下单为由，采用欺骗的手段使领导同意承担该笔交易后果。显然冼负有直接参与企业的经营、管理的权利和义务。所以，笔者认为冼具备国家工作人员身份，是贪污罪主体。

## 六、贪污罪中“非法占有”的理解

本案争论的焦点，集中在非法转嫁损失是否属于非法占有。非法占有是主观和客观的统一，主观上表现为有非法占有的目的，客观上实施了非法占有行为。下面本文将从以下几个方面对非法占有进行法理分析。

### (一) 对贪污罪“非法占有”的一般分析

现代汉语词典关于非法的解释为“不合法”。① 占有的解释为“占据，处在(某种地位)，掌握”。② 据此，非法占有即为不合法的占据、处在某种地位、掌握。民法上占有是指人对财产在事实上的控制状态或对财产的实际控制。对于某一财产，所有人可以自己占有，也可以由非所有人占有。非所有人占有是指由他人对财产在事实上的控制。这种占有根据其有无合法性意图，可以分为合法占有和非法占有。合法占有是指非所有人根据法律规定或者所有人的意思而占有他人的财产。如承租人根据承租合同而占有出租人的财产；保管人根据保管合同而占有寄存人的财产等。非法占有是指非所有人既无法律根据又无所有人的授权而占有他人的财产。如小偷占有赃物；未经许可强占国家、他人的房屋等。非法占有根据非所有人的主观意图又可分为善意占有和恶意占有。善意占有是指非所有人不知道或无须知道其对财产的实际控制为非法的占有。恶意占有指非所有人知道或应当知道其对财产的实际控制为非法的占有。很显然，作为贪污罪客观要件的“非法占有”指的是恶意占有，即行为人知道或者应当知道自己对公共财物的控制为非法，并积极地去实施这种非法行为，以达到非法占有公共财物的目的。

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》(修订本)，商务印书馆1996年版，第362页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》(修订本)，商务印书馆1996年版，第1582页。

### （二）对贪污罪“非法占有”的主观探析

贪污罪在主观上是直接故意犯罪，并且具有非法占有的目的。关于直接故意这点学术界不存在异议。但是贪污罪非法占有的目的究竟是什么，学术界存在很大差异，归纳起来有以下几种观点和表述：

1. 认为是“以非法占有国有财物为目的”。① 这里的非法占有国有财物，是指行为人意图非法改变国有财物的所有权，不仅包括将国有财物据为己有，也包括转移给其他个人和单位所有。

2. 认为是“具有利用职务上的便利非法占有公共财物的犯罪目的”。②

3. 认为是“非法占有公共（国有）财物或非国有单位财物。他既可以是行为人企图将公共（国有）财物或非国有单位财物永久地占为己有，也可以是行为人希望将公共（国有）财物或非国有单位财物非法获取后转送他人”。③

4. 认为对于贪污行为人来说，如果没有将公共财物据为己有的目的，就失去了贪污行为的意义。④

5. 认为“所谓非法占有公共财物的目的，是指行为人利用职务非法控制公共财物后，希望最终转移公共财物的所有权，使所有权的真正享有者永久性的丧失行使所有权的占有、使用、收益和处分的四项权益。同时，对‘非法占有’的理解，不能仅限于将公共财物非法据为己有，也应包括第三者非法占有。”⑤

6. 认为是“具有非法占有公共财物的目的。这里的占有是指一种财产所有权转移的状态，因而具有对公共财物所有权的侵害性。它既可以是通过做假账将公共财物所有权转移的法律上的占有，也可以是虽然没有平账，账面上反映不出，但直接将公共财物携带逃跑或如数挥霍，这种主观上不想归还的事实上的占有。至于被人占有后赠与他人等则不影响本罪的构成。”⑥

7. 认为行为人意图非法地改变公私财产的所有权。即依法对财产享有占有、使用、收益、处分的权利。⑦

8. 认为贪污罪在主观方面应不以行为人主观上具有将公共财物非法据为己有或非法取得公共财物的所有权的犯罪目的为必要条件，只要行为人具有非法永

---

① 杜发全主编：《新刑法教程》，西北大学出版社 1997 年版，第 317 页。

② 刘守芬主编：《刑法学概论》，北京大学出版社 2000 年版，第 562 页。

③ 刘家琛主编：《新刑法新问题新罪名通释》，人民法院出版社 1997 年版，第 939. 940 页。

④ 参见于志刚主编：《多发十种职务犯罪的定罪与量刑》，中国方正出版社 2001 年版，第 81 页。

⑤ 孙谦主编：《国家工作人员职务犯罪研究》，法律出版社 1998 年版，第 68 页。

⑥ 吴大华等主编：《新刑法罪名通论》，中国方正出版社 1997 年版，第 437 页。

⑦ 参见苏惠渔主编：《刑法学》，法律出版社 2001 年版，第 556 页。

久排除权利人对公共财物的所有权而将公共财物置于自己的非法控制的意图，即已满足了贪污罪的主观要件。作为贪污罪主观要件的意图非法永久排除权利人对公共财物的所有权，而不是意图暂时非法排除权利人对公共财物的所有权。①

笔者认为，上述几种观点和表述大体上可以划分为两种学说：

一种是非法占有财物说，以上前五种观点均属于这种学说。其中第一、二、三种观点根据对非法占有对象的不同限定划分：第一种观点为非法占有国有财产说，第二种观点为非法占有公共财物说，第三种观点认为非法占有的对象是单位财物；第四、五种观点根据非法占有人的范围不同划分：第四种观点为非法据为己有说，第五种观点为非法据为己有或第三人所有说。

另一种是排除权利说，以上后三种观点均属于这种学说。其中第六种观点只定位在财产所有权的转移上，认为非法占有具有对公共财物所有权的侵害性；第七种观点认为行为人意图非法地改变公私财产的所有权，即依法对财产享有占有、使用、收益、处分的权利；第八种观点更进一步阐述在侵犯财产犯罪中，就权利人而言，一旦自己的财物被他人非法控制，就意味着其对物的所有权受到了侵害，亦即丧失了对该财物进行占有、使用、收益和处分的权利。对犯罪人而言，其达到了非法排除权利人对公共财物的所有权的意图，即非法占有的目的。

笔者认为非法占有的目的是意图永久排除权利人对公共财物的所有权。主要理由在于：

1. 长期以来，人们对传统类型侵犯财产案件的非法占有目的理解等同于行为人意图非法取得公共财物的所有权。从主观上说行为人必须是明知行为是违法的而故意为之，客观上造成了占有财物的后果，即对财物实际控制的后果。所谓实际控制是指财物处于行为人所直接掌握、管辖、支配的时空范围之内，行为人可以任意对财物进行使用、收益、处分。但是这种将行为人谋取财物所有权作为非法占有目的的观点，实际上是陷入了一个理论误区。持这种观点的人往往过多地注重对“占有”的探讨，将其片面的理解为对所有权的追求，因而忽略了对“非法”的研究。一旦行为人没有达到对财物的实际控制状态就认为不具备非法占有的目的。这种对非法占有目的的理解与犯罪的本质产生了一定程度的脱离，导致现实中发生的一些明显具有严重社会危害性的侵犯财产行为不能定罪的现象。以上“非法占有财物说”就属于这种状况。这种学说从传统理论出发，片面地从犯罪行为人一方理解非法占有的目的，没有全面分析问题，有失偏颇。

---

① 参见储槐植、梁根林：《贪污罪论要》，载《中国法学》1998年第4期。

2. 刑法调整和惩治的是犯罪行为，犯罪行为的本质属性是对社会的危害性。立法者从来都注重保护社会主义财产关系，保护财产权人合法的财产权利不受侵犯。评价一个行为是否构成犯罪，以行为的社会危害程度为基本前提。有的行为即便没有给行为人本人带来任何好处，甚至可能对行为人本人造成损害，但只要该行为损害了他人的合法权利，对社会造成了危害，符合刑法的明文规定，即构成犯罪。

从刑法的任务和目的出发，我们强调保护财产权利人合法的权利。那么只要权利人的财物被他人非法永久排除了所有权，就说明其对物的所有权受到侵害，即丧失了对财产的占有、使用、收益、处分的权利，犯罪行为人就达到了非法占有的目的。1998 年 3 月 17 日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中规定，为练习开车、游乐为目的多次偷开机动车并将车辆丢失的，均应认定具有非法占有目的，以盗窃罪定罪处刑。该解释中行为人并没有取得车辆的所有权，但是行为人的不法行为造成了车辆所有人的车辆所有权的丧失，侵害了车辆所有人合法的财产所有权，因此认定达到了非法占有的目的。从该司法解释可以看出我国刑法实务界对非法占有的理解已经具有更为宽泛的内容。不仅从行为人的角度出发理解非法占有的目的，同时从被害人的角度即对所有权的侵害角度理解非法占有的目的。

综上，笔者认为，非法占有的目的应该是意图永久排除权利人对公共财物的所有权。

**（三）对贪污罪“非法占有”的客观探析**

贪污罪在客观上必须是行为人实施了非法占有的行为。在我国刑法的立法史上，就立法模式上看，贪污罪的犯罪行为经历了一个由笼统到具体化的过程。1952 年《中华人民共和国惩治贪污条例》第 2 条规定：“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员，凡侵吞、盗窃、骗取国家财物，强索他人财物，收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为，均为贪污罪。”从条文不难看出，当时的贪污手段有侵吞、盗窃、骗取、强索、收受贿赂以及假公济私违法取利，采用的是一种大而不当的列举方式，将受贿合并在贪污罪中，其合理性值得怀疑。1979 年《刑法》将受贿罪从贪污罪中分离。该法典 155 条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物的，处……”显然，法律上没有明确规定贪污的行为方式，而是笼统的使用了“贪污”一词。从立法技术上看，对贪污罪的行为方式采取“贪污”的规定，逻辑上存在同义反复的弊病。对立法中没有叙述贪污行为，高铭暄教授解释其原因是当时大家考虑到“贪污”的概念比较明

确，用不着列举其方法。[①] 1988 年 1 月 21 日全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》将挪用公款罪单独作出规定，并明确规定贪污罪的行为方法是“侵吞、盗窃、骗取、或者以其他手段”。此后，我国刑法上贪污罪的行为方法基本以以上几种手段为准。

立法者力图通过列举的方式明确贪污罪的行为，但由于贪污罪的行为方式是多种多样的，为了拾遗补缺，立法者在“侵吞、窃取、骗取”之后以“其他手段”加以概括。哪些行为属于“其他手段”规定的范围呢？司法部门的专家对“其他手段”的通常表现形式又作了列举。笔者认为，既然“其他手段”是一个兜底条款，那么它的范围就应该不是一成不变的，而且是应该包罗万象的。其范围应该随着社会政治、经济的发展变化而变化，以适应不同历史时期的需要。只要具备贪污罪主体资格的行为人利用职务之便实施的犯罪行为达到了非法占有的目的即可。

从传统观点看，立法者列举的几种方式都是一种积极的取得。犯罪人采取侵吞、盗窃、骗取等积极的非法手段排除权利人对公共财物的所有权。与积极取得相对应的是消极取得，即将本人的债务、亏损等非法的予以消除或转嫁，达到排除权利人对公共财物的所有权的目的。例如戚道云等抢劫案。[②] 该案中戚道云等被告人采用暴力、胁迫手段抢回欠款凭证，强行消除债务。上海市金山区人民法院一审判决认定为抢劫罪。被告人不服提出上诉，上海市第一中级人民法院驳回上诉，维持原判。该案例中行为人采用暴力手段抢回欠款凭证的行为，从行为表面看，被告人所抢的对象是一张欠条，侵犯的仅仅是被害人的债权证明文书，而非实实在在的财物。但是从另一方面看，欠款凭证本身虽不是财产，但确是财产权利的重要凭证，丧失这种凭证，债权人就难以甚至根本无法向债务人主张自己的财产权利。被告人的行为不是积极的获取财物，而是通过排除权利人对财物的所有权来达到消除债务人的债务的目的。如果行为人不具有非法消除债务的目的，而是在不知情的情况下销毁了借据，则不能认定其具有非法占有的目的。通过该案例，我们可以看出法律实务界对于这种消极取得方式的认可。

所以，贪污罪非法占有的行为方式应涵盖积极取得方式和消极取得方式。不管采用何种方式，只要行为人达到了永久排除权利人对公共财物的所有权的目的即可。

---

① 参见高铭暄编：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社 1981 年版，第 210 页。

② 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编著：《刑事审判参考》，法律出版社 2001 年第 3 辑，第 30 页。

**（四）对本案中“非法占有”的主客观分析**

本案中冼晓玲电话委托窦沛颖在034账户买入300手三夹板，成交后三夹板下跌。冼为了避免个人损失，伙同窦将该300手三夹板合约转移到冼所在的金属总公司自营账户上，致使金属总公司当天损失3.84万元。后冼再次委托窦在034账户上买入红小豆400手。由于窦的判断失误，致使原本应该盈利而转为损失。为了避免损失，窦利用其职务的便利将该400手红小豆期货合约转移到其所在的华东公司的自营账户上，致使华东公司当天损失2.8万元。那么冼、窦两人到底是否具有非法占有的目的并实施了非法占有的行为呢？下面我们将从以下几个方面进行分析：

1. 冼、窦二人具有犯罪的直接故意。直接故意是指行为人明知自己的行为会发生某种危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。

从案件的整个发展过程我们可以看出两名被告人的意图十分明显，如果034账户上成交的期货合约盈利，不存在转移的问题，如果合约亏损，则立即采用非法手段将价格下跌的合约转移到国有单位，由单位承担相应的损失。他们对这种危害结果的发生不仅是明知的，而且是积极的追求，具有直接故意的主观心理状态。

2. 冼、窦二人具有非法占有的目的。从本案表面看，两人转嫁的是风险而不是损失，其实不然。根据《期货交易管理暂行条例》第35条规定：“期货交易所应当按照国家有关规定建立、健全下列风险管理制度：（一）保证金制度；（二）每日结算制度……”所谓保证金制度，是指在期货交易中，任何交易者必须按照其所买卖期货合约价值的一定比例（通常为5%—10%）缴纳少量资金，作为其履行期货合约的财力担保，然后才能参与期货合约的买卖，并视价格变动情况确定是否追加资金，这种制度就是保证金制度，所交的资金就是保证金。所谓每日交易结算制度，是指每日交易结束后，交易所按照当日结算价结算所有合约的盈亏、交易保证金及手续费、税金等费用，对应收应付的款项同时划转，相应增加或减少会员的结算准备金。从上述规定我们可以看出，在期货交易过程中，虽然期货交易合约在一段时间内其价值是不确定的，但在每天的价值是确定的，那么每个交易日的盈亏也是确定的。所以冼、窦二人当天的转嫁行为造成的损失应当是确定的，是可计算的。两名被告人向各自单位转嫁的是实实在在的损失而不是风险。

那么行为人意图转嫁损失是否意味着行为人具有非法占有的目的呢？答案是肯定的。前述我们分析了非法占有的目的，即达到了非法排除权利人对公共财物的所有权的意图，就达到了非法占有的目的。本案中窦、冼两人明知034账户上

的合约是亏损合约，为了避免个人损失，采用非法手段，将 034 账户上的亏损合约转移到各自的公司账户上。两人的行为直接造成了国有财产损失 6.64 万元。该行为属于一种消极取得。刑法注重保护的是社会主义财产关系，保护财产权人合法的财产权利不受侵犯。两名被告人的行为直接侵犯了国有财产的所有权，造成国有企业 6.64 万元所有权的丧失。评价一个行为是否构成犯罪以行为给权利人造成了什么危害为前提。虽然他们的行为从表面看没有给他们本人带来利益，但他们的行为损害了国有企业的合法财产权利，对社会造成了危害，达到了非法占有的目的。所以他们的行为是符合刑法的罪刑法定原则的，应当构成犯罪。

3. 冼、窦二人实施了非法占有行为。本案中如果按照正常的期货交易结果，034 账户应该累计损失 6.64 万元。冼、窦二人利用其职务之便，采用非法手段，将亏损的合约转移到各自公司的账户上，造成两个单位直接经济损失 6.64 万元，而避免了他们个人损失 6.64 万元，具有直接转嫁损失的故意。行为人这种将本人的债务、亏损等非法予以转嫁，达到排除权利人对公共财物的所有权的目的，属于消极的取得方式，实施的是非法占有行为。

综上，冼、窦二人非法转嫁损失属于非法占有，应构成贪污罪。

## 七、从旧兼从轻原则中新旧法律的选择适用问题

本案发生在 1995 年，终审判决时间是 2002 年。1997 年我国新《刑法》颁布。因此本案在适用法律上必须运用从旧兼从轻原则来确定最终的判决。特别引人注意的是，在本案的终审判决中，对两名被告人贪污数额的认定适用的是旧《刑法》的规定，而量刑采用的是新《刑法》的规定，这种从旧兼从轻原则的适用方式十分独特。在同一个案件中同时选择适用新旧两部《刑法》的做法是否符合从旧兼从轻原则，值得探讨。因此，笔者将着重对新旧法律的选择适用问题进行研究。

### (一) 从旧兼从轻原则确立的理论基础

1997 年《刑法》第 3 条规定："法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。"该项规定标志着罪刑法定原则正式在我国《刑法》中确立。罪刑法定原则的基本含义是：法无明文规定不为罪和法无明文规定不处罚。它的主要派生原则是：排斥习惯法、刑法无溯及力、禁止类推、否定绝对不定期刑等。①

刑法的溯及力是指刑法生效以后，对于其生效以前未经审判或者判决尚未确

① 参见刘家琛主编：《刑法总则及配套规定新释新解》，人民法院出版社 2000 年版，第 25 页。

定的行为是否适用的问题。[①] 作为罪刑法定原则派生原则之一的刑法无溯及力原则，说明新的《刑法》只适用于其实施以后的犯罪，而不追溯适用于其施行之前的犯罪，该原则也称禁止事后法原则。也就是说认定行为人的行为是犯罪并加以刑罚惩罚，必须根据行为当时的法律，而不能根据行为之后的法律。这种观点也就是刑法溯及力问题中的行为时法主义学说。这一学说是资产阶级革命胜利以后，由资产阶级法学家和思想家提出来的一个罪刑法定原则的派生原则。这一原则要求追究行为人的刑事责任必须以行为人当时的刑法有明文规定为必要条件，即所谓“法无明文规定不为罪，不处罚”。行为时法是罪刑法定原则的当然要求；同时也是刑法保护和保障个人自由的价值体现。对任何一个公民来说，遵守法律义务和接受法律保护是相统一的。法律明文规定的是人们的行为规范。在新法生效以前人们所掌握的是当时的法律规范。如果采用新法对行为人进行追究，即用新法对以前的行为予以追究，也就是说在法律没有公布以前就要求公民有预见性地予以遵守，显然是不切实际的。

但是，在刑法领域，个人自由优先于社会秩序的价值选择，虽然决定了禁止溯及既往的法律，但不是绝对的禁止，对被告人有利的法律是可以适用的。如果行为时的法律对被告人不利，而审判时的法律对被告人有利，那么，应当适用审判时的法律，依照审判时的法律作出判决。也就是说，任何人不得因为行为时尚未生效的法律即事后法受到刑罚处罚，但是并不排斥对被告人适用行为后颁行的对其有利的法律。[②] 我国刑法的价值追求注重保护社会，打击犯罪；又注意保障人权，限制司法权。[③] 所以当现行刑法所规定的处罚轻于行为时法时，可以适用现行刑法。

以上观点即刑法溯及力问题中的相对的行为时法主义，或称从轻的行为时法主义，即从旧兼从轻原则。这条原则指对犯罪行为原则上应按行为当时的刑事法律来处罚，当裁判时刑法所规定的处罚轻于行为时法时，应当按裁判时法处罚，即按新法处理。如 1968 年《意大利刑法典》第 2 条第 1 款规定：“行为时，法无明文规定为犯罪者，其行为不为罪”，同条第 3 款又规定：“犯罪时之法律与犯罪后之法律不同时，应适用最有利于行为人之法律。”我国亦采用从旧兼从轻原则。

**（二）新旧法律的选择适用问题**

现行《刑法》12 条规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，

---

① 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2000 年版，第 69 页。

② 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 395 页。

③ 参见薛瑞麟、杨书文：《论新刑法的基本原则》，载《政法论坛》1997 年第 5 期。

如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。”

虽然法律已经规定了上述处理原则，但是在司法实践中，究竟是应当整体适用某一相对较轻的法律，还是选择适用数法律中对于犯罪人有利的法条呢？笔者认为只能在新旧刑法中选择适用其中之一，而不能同时并用新旧两法。理由如下：

1. 罪刑法定原则的要求。“罪刑法定原则的本质，是保障人权、限制立法权和司法权。”① 它要求犯罪与刑罚必须预先由法律加以明确规定，即刑法规范具有明确性。刑法规范的清晰明白和确定不移既是对立法者的要求，也是立法限制司法的保证。明确性原则是罪刑法定原则的另一个派生原则。它包括刑法规范形式的明确和刑法规范具体内容的明确。它要求法官判断任何人的行为只能根据成文法的明文规定定罪处刑，而不能根据习惯或在成文法之外的法律定罪处刑。同时立法者必须清晰明白地告诉公民和法官，什么行为是法律所禁止或者要求的。

那么，我们来分析一下以下的行为。如果对某个刑事案件适用新刑法分则的某一条文定罪，同时又适用旧刑法总则的某一条文量刑，或者对某个刑事案件适用旧刑法分则的某一条文定罪，同时还适用新刑法总则的某一条文量刑。也就是“这种情况既不是适用‘当时的法律’，也不是适用‘本法’，而是适用一种由法官自行选择组合的‘混合法’，一种由法官自行创立的‘法’。”② 这种“套裁”适用新旧刑法对刑事案件进行处理的方法显然不是立法者所要清晰明白告诉公民和法官的法律，而是由法官自己创制的法律。人民不可能按照这样一种不确定的“自由”法律来约束自己的行为。这种法律不仅缺乏立法上的充分依据，而且违背了刑法规范的明确性原则，即使达到了有利于当事人的目的，也是不符合罪刑法定原则的。

2. 法律适用的整体性的要求。任何一部法律都是一个整体，都有其内在的逻辑联系。总则和分则，定罪和量刑都遵循同一的刑法价值理念。

刑法的适用过程也具有整体性。在整个有效的法律体系中，适用的法律是整个法律中的所有法律规范而非个别法律规范。个别法律规范不能脱离整体法律的

---

① 赵秉志主编：《刑法基础理论探索（当代刑法理论探索）》（第一卷），法律出版社 2001 年版，第 404 页。

② 陈忠林：《关于刑法时间效力的几个问题》，载 1998 年全国新刑法施行研讨会交流论文。

效力而单独存在，个别法律规范只有作为整体法律的一个细胞才具有适用上的法律意义。因此，应该避免法律适用造成法律的支离破碎。

同时，不同时代的法律体现不同时代的价值观。有的学者认为，新旧法律之间可以交替引用，比如定罪量刑时适用旧法，但是适用刑罚时依照新法，或者相反。① 这样做的结果是不同效力阶段的法律（已经废止的和现行生效的法律）在同一判决中得到同样的重视和应用，将会导致不同效力阶段的法律在同一适用阶段产生冲突。混合适用不同法律的法条打乱了法律的内在逻辑，混合了不同的价值观，也造成了刑法适用的整体性的破坏。因此，在法律的适用上，不应当同时出现多个对于刑事法律关系进行规制的有效法律。②

笔者认为，“从旧兼从轻原则”在适用时不是在两部法律中间分别选择出处刑较轻的法条混合加以适用，而是在两部法律之间寻找一个整体上处刑较轻的法律。这种适用方式与国际私法中的“准据法原则”有相似之处。按照国际私法理论的一般解释：“准据法是指冲突规范所援用的、据以确定某一法律关系中双方当事人的具体权利和义务的实体法规范。如在运用‘不动产的继承依不动产所在地法’这一冲突规范来解决不动产继承的法律冲突时，‘不动产所在地法’就是解决‘不动产继承’这一法律关系的准据法。”③ 也就是说，准据法是从多个法律规范中选定的适用于具体民事案件的一项与该案有着最为实质性联系的法律规范。一旦该法律规范选定，即排除其他法律规范的适用。④ 对比“准据法原则”和刑法中溯及既往的“从旧兼从轻原则”，可以发现两原则都是从两个或两个以上的法律规范中选定其中一个加以适用，都体现了适用法律规范的统一性和整体性。刑法上的“从旧兼从轻原则”比照适用“准据法原则”，说明一旦选择适用新法或者旧法，就应该在犯罪与刑罚规范上适用该法律规范的总则以及分则的有关规定，以维护刑事立法的统一性，准确体现立法精神，实现刑法的现实社会价值。

因此，在适用从旧兼从轻原则处理案件时，在定罪量刑过程中，应该在行为时法和处刑时法之间寻找一个整体上处刑较轻的法律。在已经决定适用哪一部刑法的前提下，应该将确定的适合的刑法整体地运用于某一案件中，而不是将该刑法中的某一条文和另一刑法中某一条文相混合地适用于同一案件，即不能同时适用两个以上不同刑法的条文。也就是说在决定哪一部法律对于被告人最为有利

① 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 397 页。

② 参见林维、王明达：《论从旧兼从轻原则的适用》，载《法商研究》，2001 年第 1 期。

③ 《法学词典》，上海辞书出版社 1984 年版，第 796 页。

④ 参见阮方民：《从旧兼从轻：刑法适用的“准据法原则”》，载《审判研究》1999 年第 6 期。

时，只能要么适用新法，要么适用旧法，在这两者之间选择其一，而不能将新法和旧法的规定加以分解，然后将其中有利于犯罪人的因素组合拼凑为一个既不同于新法、也不同于旧法的综合性规范，否则就会形成由法官来制定适用的法律规范现象。①

**（三）从旧兼从轻原则的刑罚模式**

既然上述论述已经确立了从旧兼从轻原则整体适用法律的观点，那么在实际应用中就必须作好处刑轻重的比较，以便正确选择适用旧法或者新法。

理论界对于刑法处刑轻重有以下两种观点：

第一种观点认为：所谓处刑轻重是指论罪该判刑罚的轻重，即不是抽象地比较具体罪名法定刑的轻重，而是具体地以某一犯罪行为对应新旧刑法的相关条文及法定刑，以实际可能判处的刑罚作轻重比较。

第二种观点认为：所谓处刑轻重是就同一种犯罪行为，新旧刑法所规定的法定刑的轻重比较，而不是实际可能判处刑罚的轻重比较。

笔者赞同第一种观点。最高人民法院于 1997 年 12 月 23 日通过《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》明确规定：刑法第 12 条规定的“处刑较轻”，是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻；如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑；如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。

通过该解释“法定最高刑或最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑”这句话，我们可以明确看出立法者的立法原意，即具体地以某一犯罪行为对应新旧刑法的相关条文及法定刑，以实际可能判处的刑罚作轻重比较。在我国台湾地区的理论界、实务界也通行这种观点。他们认为法律之比较，应就罪刑有关之一切情形比较其全部之结果，而为整体之适用。② 因此，只有在综合各种定罪量刑的因素，对某一案件具体适用新旧刑法进行定罪量刑之后，才能比较出轻重。

在具体比较法定刑的轻重时，应注意以下几个问题：

1. 如果刑法规定的某一种犯罪只有一个法定刑幅度，法定最高刑或者最低

① 参见［意］杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 37 页。

② 参见高仰止：《刑法总则之理论与实用》，台湾五南图书出版公司 1986 年版，第 89—90 页。

刑是指该法定刑幅度的最高刑或最低刑。

2. 如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑则是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。

3. 刑罚的轻重既包括主刑的轻重，也包括附加刑的轻重。在主刑轻重相同的情况下，应当考察附加刑的轻重。但是在主刑轻重比较明了的情况下，附加刑的轻重可不予考虑。

**（四）本案适用从旧兼从轻原则的分析**

本案犯罪数额认定问题，笔者认为，本案不同于常见的贪污犯罪。行为人通过实施非法占有行为并没有实际取得公共财物的所有权。本案的非法占有是通过转嫁损失这种消极取得方式实现的。但不管是积极取得还是消极取得，行为人都实现了非法占有的目的。通过积极的取得，行为人将实际取得公共财物的所有权。通过消极取得，行为人将消除自己的损失，排除他人对公共财物的所有权。如果损失不转嫁，行为人自己将付出损失。所以从另一个角度说，行为人没有失去就相当于得到，可以理解为行为人的犯罪数额为转嫁的损失额。

本案中两名被告人共同实施的犯罪行为转嫁损失合计 6.64 万元，应认定共同贪污数额为 6.64 万元。冼晓玲向其单位转嫁损失 3.84 万元，窦沛颖向其单位转嫁损失 2.8 万元。可依据以上数据认定冼晓玲个人贪污数额为 3.84 万元，窦沛颖个人贪污数额为 2.8 万元。

下面运用从旧兼从轻原则对本案进行分析。

本案发生在 1995 年，当时的法律是 1979 年《刑法》和 1988 年 1 月 21 日全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》。根据 1979 年《刑法》第 155 条规定和 1988 年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 1 条的规定，认定冼、窦两人构成贪污罪共犯。按照《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 2 条的规定：二人以上共同贪污的，按照个人所得数额及其在犯罪中的作用，分别处罚。认定冼个人贪污数额为 3.84 万元，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。认定窦个人贪污数额为 2.8 万元，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

裁判时的法律是现行《刑法》。根据新《刑法》第 382 条的规定，认定冼、窦两人构成贪污罪共犯。但是，现行《刑法》对于贪污罪共同犯罪的定罪数额没有明确规定，究竟是以个人贪污数额为定罪数额还是以共同贪污的总数额即案件数额为定罪数额？笔者认为本案以案件数额认定贪污数额较妥。因为从国家刑事政策角度看，个人犯罪与共同犯罪相比，共同犯罪的社会危害性大于个人犯罪的社会危害性，共同犯罪是打击的重点。如果我们将共同贪污的定罪数额设定为个

人所得数额，实际上是放纵了罪犯，不能体现国家严厉打击共同犯罪的刑事政策。刑法的基本目的是保护合法利益不受非法侵害。贪污罪是以公共财产作为犯罪侵害对象的，国家刑法惩治贪污行为既要维护国家工作人员的廉洁性，也要保护公共财物不被侵害。所以以案件数额作为共同贪污的定罪数额，符合刑法保护合法权益不受侵犯的目的。现行《刑法》第 26 条规定：对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚；对于这之外的主犯，应当按照其所参与的或组织、指挥的全部犯罪处罚。本案中冼、窦两人在整个案件中互相配合，在共同完成全部犯罪活动的过程中不分主次，起到同等重要的作用。综上，笔者认为两名被告人均应对案件全部数额负责。按照现行《刑法》第 383 条第 2 款的规定，应认定冼、窦两人贪污数额 6.64 万元，分别判处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

比较新旧刑法对两名被告人的处罚，可以发现其处罚是相同的。根据从旧兼从轻原则，应当适用旧法，分别判处冼晓玲、窦沛颖有期徒刑 5 年，没收财产 6.64 万元。笔者认为，原判决“对两名被告人贪污数额的认定适用旧刑法的规定，在量刑上依照新刑法关于贪污罪的规定处罚”的做法，违背了我国刑法规定的在溯及力问题上从旧兼从轻原则的立法精神，理解法律有误，适用法律不当。

## 八、结语

本案复杂曲折的诉讼过程以及内容迥异的二审终审判决结论和再审判决结论，已经昭示了本案的复杂性和疑难性。由此提醒我们，在办理经济犯罪的过程中，出现不同意见并不可怕，可怕的是缺乏严格遵循罪刑法定原则办案的意识和勇气。只要是严格依法办案，认真说理，而不是强词夺理，胡乱下判，即便出现错误，也应当予以谅解。由此看来，我国目前的错案追究制度不无反思与完善的必要。

（撰稿人　程瑛*）

---

* 国家法官学院讲师，法学硕士。

# 附录一：

## 上海市黄浦区人民法院刑事判决书

（1998）黄刑初字第 109 号

公诉机关：上海市黄浦区人民检察院

被告人窦沛颖，男，1965 年 12 月 20 日出生，汉族，江苏省南京市人，系中国有色金属材料华东公司期货部经理，住本市新昌路 389 弄 54 号。因本案于 1997 年 10 月 16 日被上海市公安局刑事拘留，同年 10 月 29 日被依法逮捕。现羁押于上海市黄浦区看守所。

辩护人张震方，上海长江律师事务所律师。

被告人冼晓玲，女，1966 年 1 月 15 日出生，汉族，广东省罗定市人，系上海市金属材料总公司期货部交易员（1995 年 4 月至 1996 年 6 月期间任上海市金属材料总公司期货部报单员），住本市双辽支路 70 弄 43 号 603 室。因本案于 1997 年 10 月 16 日被上海市公安局刑事拘留，同年 10 月 29 日被依法逮捕。现羁押于上海市黄浦区看守所。

辩护人张渝生、吴家毅，上海市申侨律师事务所律师。

上海市黄浦区人民检察院以沪黄检刑起字 7505501、5601 号起诉书，指控被告人窦沛颖、冼晓玲犯贪污罪，向本院提起公诉。本院经审理，符合法定开庭审理条件，依法组成合议庭，公开开庭对本案进行了审理。上海市黄浦区人民检察院代理检察员王泽军出庭支持公诉，被告人窦沛颖及其辩护人张震方、被告人冼晓玲及其辩护人张渝生、吴家毅到庭参加诉讼。本案经合议庭评议，提请院长提交审判委员会讨论并作出决定，现已审理终结。

检察院指控，被告人窦沛颖自 1995 年 5 月起担任中国有色金属材料华东公司（以下简称华东公司）期货部经理。被告人冼晓玲自 1995 年 4 月至 1996 年 6 月间任上海市金属材料总公司（以下简称金属总公司）期货部报单员。1995 年 5 月，被告人窦沛颖与冼晓玲因业务关系相识，期间为牟利两被告人商定以冼丈夫朱敏的名义在华东公司期货部设立编码为 034 的私人账户炒期货。同年 11 月 1 日，被告人冼晓玲电话委托窦沛颖在 034 账户上买入交割期为 9511 的三夹板

300 手，成交后三夹板行情下跌，冼为避免个人损失，利用其报单员的职务便利，通知窦沛颖将这 300 手三夹板合约转入其单位金属总公司的期货自营账户上。窦沛颖则利用其具体分单工作的职务便利，在该日交易所收盘后，通知华东公司结算人员将原本应入 034 私人账户上的 300 手三夹板合约转入金属总公司的自营账户上。因被告人冼晓玲和窦沛颖的转嫁行为，当天即造成金属总公司持仓亏损人民币 38 400 元。后按金属总公司领导指令，该 300 手三夹板合约与前后购入的该类夹板一并卖出平仓，造成单位损失 269 000 元。同年 11 月 17 日，冼晓玲电话通知窦沛颖，要求在 034 账户上买入交割期为 9512 的红小豆 400 手。成交后红小豆价格下跌，两被告人为避免个人损失，商定将 400 手红小豆合约转入华东公司自营账户上。当日交易所收盘后，窦沛颖利用职务便利，电话通知华东公司结算人员将原本应入 034 账户上的 400 手红小豆合约转入本单位编号为 018 的自营账户上。因两被告人的转嫁行为，当天即造成华东公司持仓亏损人民币 28 000 元。11 月 22 日，窦决定将这 400 手红小豆平仓，由此造成华东公司损失 244 000 元。确认，被告人窦沛颖、冼晓玲的行为均已触犯《中华人民共和国刑法》第 382 条和第 383 条，构成贪污罪。庭审中，两被告人对于本案的基本事实均无异议，窦沛颖提出其无非法占有的目的，而冼晓玲则认为其非国家工作人员又有自首情节。两被告人的辩护人则认为两被告人的行为不符合贪污罪的构成要件，故两被告人的行为不构成犯罪。

经审理查明，被告人窦沛颖、冼晓玲于 1995 年 5 月，分别在担任中国有色金属材料华东公司（以下简称华东公司）期货部经理和上海市金属材料总公司（以下简称金属总公司）期货部报单员期间，两人因业务关系相识后不久，冼为牟利向窦提出以其丈夫朱敏的名义在窦所在的华东公司期货部设立编码为 034 的私人账户炒期货。同年 11 月 1 日，冼晓玲电话委托窦沛颖在 034 账户上买入了交割期为 9511 的三夹板 300 手（每手 200 张，成交价为每张人民币 43.7 元），成交后夹板行情下跌，冼为避免个人损失，利用其报单员的职务便利，通知窦沛颖将这 300 手三夹板合约转入其单位金属总公司的 001 期货自营账户上，窦表示同意，但向冼提出这笔合约必须要向冼单位的副总经理何伟报告。当日交易所收盘后，窦沛颖通知华东公司结算人员将原本应入 034 私人账户上的 300 手三夹板合约转入金属总公司的自营账户上。冼晓玲则对何伟谎称该 300 手三夹板系听错指令购入，得到单位认可后登记记入本单位持仓情况汇总表。同年 11 月 1 日三夹板的结算价为每张 43.06 元，因冼晓玲的转嫁行为，使得金属总公司同一天持仓亏损人民币 38 400 元。之后，冼按何伟指令，将 300 手三夹板合约与金属总公司前后开仓买入的三夹板一起平仓卖出，亏损人民币 269 000 元。同年 11 月

17日，冼晓玲电话通知窦沛颖，要求在034账户上买入交割期为9512的红小豆400手（每手2吨，成交价为每吨2 380元）。成交后红小豆价格上涨，冼即打电话给窦要求平仓，窦认为价格还会继续上涨，劝冼再缓一缓平仓，冼也默认同意，但在临收盘前，红小豆价格下跌。当日交易所收盘后，冼晓玲又打电话责怪窦没有及时平仓，窦坚称此行情还会看好，并表示这400手可算在他所在的华东公司自营账户内，冼听后即默认。窦随后电话通知华东公司结算人员将原本应入034私人账户上的400手红小豆合约转入本单位编号为018的自营账户上。当日红小豆的结算价为每吨2 345元，华东公司为此持仓亏损人民币28 000元。同年11月22日，窦因为担心红小豆行情继续下跌会影响当年利润指标的完成即平仓卖出，使得华东公司亏损人民币244 000元。之后，红小豆行情反弹，窦开仓又大量购入不久平仓卖出，使华东公司获利。认定上述事实的证据有被害单位出具的职务证明；证人何某、乐某某等有关三夹板一节情况的证言、证人顾某、吴某等关于华东公司期货部分单及结算情况的证言、证人朱某、王某等的有关证言及书证等证据所证实，上列证据经当庭质证，证据确凿。

本院认为，被告人窦沛颖作为国家工作人员与被告人冼晓玲在从事期货交易的活动中，将私人账户上的期货合约在价格下跌时转入单位账户，致使单位持仓亏损，应当指出两被告人的行为具有社会危害性。但是，窦沛颖、冼晓玲在个人期货合约价格下跌时转嫁给单位的是期货交易的风险，在单位账户尚未平仓时只是反映单位持仓亏损，而不是对合约持有人已经造成了实际损失。更不能认为是将个人损失转嫁给单位的形式共同非法占有单位资金。至于窦、冼两人转入各自单位的个人期货合约，在单位的意思表示下平仓卖出引起的亏损，虽有窦、冼两人转嫁风险的因素，但主要是单位对期货合约持仓不当造成的，这种盈亏正是期货交易表现的特征。况且窦在转入单位的红小豆平仓卖出亏损后不久红小豆行情反弹又大量购入，之后平仓卖出使单位还获利。因此，窦沛颖、冼晓玲的行为不符合刑法关于贪污罪所规定的“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物”的客观要件。故两被告人的辩护人提出公诉机关指控两被告人的行为构成贪污罪依据不足的意见，事实有据、理由成立，本院予以采纳。同时，窦沛颖、冼晓玲所实施期货交易转嫁风险的行为，刑事法律没有明文规定为犯罪行为，按照罪刑法定原则，对窦沛颖、冼晓玲均不能定罪处刑。据此，根据《中华人民共和国刑法》第12条、第3条以及《中华人民共和国刑事诉讼法》第162条第（二）项的规定，分别判决如下：

一、宣告被告人窦沛颖无罪。

二、宣告被告人冼晓玲无罪。

如不服本判决，可在接到判决书的第2日起10日内，通过本院或者直接向上海市第二中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应交上诉状正本1份，副本1份。

审判长：孙明德
审判员：牛俊卿
代理审判员：袁梅芬
1998年10月14日
书记员：张肖泉

# 附录二：

## 上海市第二中级人民法院刑事裁定书

（1998）沪二中刑终字第448号

抗诉机关：上海市黄浦区人民检察院

原审被告人窦沛颖，男，1965年12月20日生，汉族，江苏省南京市人，中国有色金属材料华东公司期货部经理，住本市新昌路389弄54号。因本案于1997年10月16日被刑事拘留，同年10月29日被依法逮捕。1998年10月14日释放。

辩护人张震方，上海市长江律师事务所律师。

原审被告人冼晓玲，女，1966年1月15日生，汉族，广东省罗定市人，上海市金属材料总公司期货部交易员，住本市双辽支路70弄43号603室。因本案于1997年10月16日被刑事拘留，同年10月29日被依法逮捕，1998年10月14日释放。

辩护人张渝生、吴家毅，上海市申侨律师事务所律师。

上海市黄浦区人民法院审理被告人窦沛颖、冼晓玲贪污一案，于1998年10月14日作出（1998）黄刑初字第109号刑事判决。上海市黄浦区人民检察院提出抗诉。本院依法组成合议庭，公开开庭审理了本案，上海市人民检察院第二分院代理检察员康强出庭支持抗诉，原审被告人窦沛颖及其辩护人张震方，原审被告人冼晓玲及其辩护人张渝生、吴家毅到庭参加诉讼。本案经合议庭评议，审判委员会讨论，现已审理终结。

上海市黄浦区人民法院判决认定，被告人窦沛颖、冼晓玲于1995年5月，分别担任中国有色金属材料华东公司（以下简称金属总公司）期货部经理和上海市金属材料总公司（以下简称金属总公司）期货部报单员，两人因业务关系相识。不久，冼为牟利向窦提出以其丈夫朱敏的名义在窦所在的华东公司期货部设立编码为034的私人账户炒期货。同年11月1日，冼晓玲委托窦沛颖在034的私人账户上买入了交割期为9511三夹板300手（每手200张，成交价为每张人民币43.7元），成交后行情下跌，冼晓玲为避免个人损失，遂通知窦沛颖将该

300 手三夹板合约转入其单位金属总公司的 001 期货自营账户上，窦表示同意，但要冼必须向单位领导汇报。当日收盘后，窦沛颖通知结算人员将原应入 034 账户的 300 手三夹板合约转入金属总公司的自营账户上。冼晓玲则向单位领导谎称系听错指令而购入该 300 手三夹板合约。当日，造成金属总公司持仓亏损人民币 38 400 元。金属总公司将上述 300 手三夹板与其他买入三夹板一起平仓卖出，300 手亏损人民币 269 000 元。同年 11 月 17 日，冼晓玲委托窦沛颖为其 034 账户买入交割期为 9512 的 400 手红小豆（每手 2 吨，成交价为每吨 2 380 元）。后红小豆价格上涨，冼要求窦为其平仓，窦认为行情看涨，劝冼暂缓平仓。当日收盘前，红小豆价格下跌。收盘后，冼晓玲又打电话责备窦沛颖未及时平仓，窦坚称行情会看好，并表示这 400 手红小豆可算在他所在的华东公司自营账户内，冼听后即默认。窦随后电话通知华东公司结算人员将原应入 034 私人账户上的 400 手红小豆合约转入本单位编号为 018 的自营账户上。当日红小豆的结算价为每吨 2 345 元，华东公司为此持仓亏损人民币28 000元。同年 11 月 22 日，窦将 400 手红小豆平仓，亏损人民币244 000元。之后，红小豆价格上涨，窦又大量购入后不久平仓卖出，使华东公司获利。据此认为公诉机关指控两名被告人的行为构成贪污罪依据不足，宣告被告人窦沛颖、冼晓玲无罪。检察机关抗诉认为：两被告人主观上出于牟利的目的，违反有关规定私自开设账户，利用职务之便炒作期货，为避免损失，将两笔价格下跌的合约转入单位账户，致交易所从两单位的保证金中扣付上述亏损数额。故两被告人转嫁的是实际发生的亏损，而不是风险。两被告人主观和客观行为所达到的目的是盈利归自己，亏损则转嫁单位。两被告人利用职务之便，从购进期货合约起至亏损转给单位止的行为，构成犯罪主客观要件的统一。在量刑时应考虑两单位的实际损失。两被告人的行为符合《中华人民共和国刑法》第 382 条之规定的贪污罪。被告人窦沛颖及其辩护人均辩称窦沛颖与冼晓玲无共谋侵占单位财产的行为。窦是认为价格会上涨后才将 400 手红小豆合约转入单位账户的，故无犯罪的故意。034 账户的开设是符合交易规定，公开、正常地办理手续的。风险与损失不能等同，风险中蕴含着盈利的可能，故转嫁风险不能等同于转嫁损失。故窦沛颖的行为不构成贪污罪。冼晓玲及其辩护人认为，冼不具备贪污罪的主体身份。冼与窦沛颖之间无贪污的共同故意，冼晓玲转嫁给单位的是风险。贪污罪被侵占的应是动产、不动产，不是合约，转嫁风险不是刑法贪污罪所列的犯罪形式。故冼晓玲的行为不构成贪污罪。

经审理查明，原判决认定的事实清楚，证据确实、充分，应予确认。两被告人将价格下跌的 300 手三夹板合约转入单位账户后，对该合约可能致单位亏损其心理态度是不肯定的，但对损失的发生也不排斥，不设法阻止，持放任态度。窦

沛颖认为红小豆能盈利才将该合约转入单位账户，均无追求或希望损失发生的直接故意。两被告人将价格下跌的合约转入单位，造成持仓亏损，该亏损是暂时的，不确定的，不是实际发生的损失。且本案尚无证据证明两单位因持仓亏损而被扣除数额相等的保证金。两被告人行为不符合贪污罪构成要件。根据法无明文规定不为罪原则，不能以现有刑法对两被告人科以刑罚。故检察机关的抗诉意见不能成立。

本院认为，被告人窦沛颖、冼晓玲的行为具有过错，应按有关规定予以处分，原审法院根据本案事实，依照《中华人民共和国刑法》第 12 条、第 3 条及《中华人民共和国刑事诉讼法》第 162 条第（二）项之规定，所作的判决并无不当，且审判程序合法。据此，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第（1）项之规定，裁定如下：

驳回抗诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

审判长：毛国芳

审判员：沃春芳

代理审判员：冯峰

1998 年 12 月 25 日

书记员：吉韵

## 附录三：

# 上海市高级人民法院再审决定书

（2001）沪高刑监字第69号

原审被告人窦沛颖、冼晓玲贪污案，上海市黄浦区人民法院于1998年10月14日以（1998）黄刑初字第109号刑事判决，宣告窦沛颖、冼晓玲无罪。判决后，黄埔区人民检察院提出抗诉，上海市人民检察院二分院支持抗诉。经上海市第二中级人民法院二审审理，于同年12月25日作出（1998）沪二中刑终字第448号刑事裁定，驳回抗诉，维持原判。判决已经发生法律效力。现经本院复查认为，原判在适用法律上确有错误。据此，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第205条第2款之规定，决定如下：指令上海市第二中级人民法院另行组成合议庭对本案进行再审。

上海市高级人民法院

2002年1月17日

# 附录四：

## 上海市黄浦区人民法院刑事判决书

（2002）黄刑重字第4号

公诉机关：上海市黄浦区人民检察院

被告人窦沛颖，男，1965年12月20日出生于上海市，汉族，大学文化，无业（原系中国有色金属材料华东公司期货部经理），住本市漕溪路251弄3号1606室（户籍所在地本市新昌路389弄54号）。因涉嫌贪污犯罪于1997年10月16日被上海市公安局刑事拘留，同年10月29日被依法逮捕，1998年10月14日被释放，2002年4月3日由本院决定逮捕，同年4月5日由上海市公安局黄浦分局执行逮捕，现羁押于上海市黄浦区看守所。

辩护人徐申、黄学锋，上海市徐易朱律师事务所律师。

被告人冼晓玲，女，1966年1月15日出生于上海市，汉族，中专文化，无业（原系上海市金属材料总公司期货部报单员），住本市双辽支路70弄42号603室（户籍所在地本市东宝兴路254弄12号）。因涉嫌贪污犯罪于1997年10月16日被上海市公安局刑事拘留，同年10月29日被依法逮捕，1998年10月14日被释放，2002年4月3日由本院决定逮捕，同年6月12日由上海市公安局黄浦分局执行逮捕，现羁押于上海市黄浦区看守所。

辩护人吴家毅、朱伟，上海市申侨律师事务所律师。

上海市黄浦区人民检察院指控被告人窦沛颖、冼晓玲犯贪污罪一案，由本院于1998年10月14日以（1998）黄刑初字第109号刑事判决书，宣告两被告人无罪。判决后，黄浦区人民检察院提出抗诉。上海市第二中级人民法院于1998年12月25日作出（1998）沪二中刑终字第448号刑事裁定书，驳回抗诉，维持原判。上海市高级人民法院依审判监督程序对本案复查后认为，原判在适用法律上确有错误，于2002年1月17日以（2001）沪高刑监字第69号再审决定书指令上海市第二中级人民法院进行再审。上海市第二中级人民法院依法组成合议庭并经审理于2002年3月6日作出（2002）沪二中刑再终字第1号刑事裁定书，撤销原二审裁定和一审判决，将本案发回我院重新审判。本院依法另行组成合议

庭，公开开庭审理了本案。上海市黄浦区人民检察院指派检察员王璃出庭支持公诉，被告人窦沛颖及其辩护人徐申、黄学锋，被告人冼晓玲及其辩护人吴家毅、朱伟等到庭参加诉讼。现已审理终结。

上海市黄浦区人民检察院指控，被告人窦沛颖自 1995 年 5 月起担任中国有色金属材料华东公司（以下简称华东公司）期货部经理。被告人冼晓玲自 1995 年 4 月至 1996 年 6 月期间，担任上海市金属材料总公司（以下简称金属总公司）期货部报单员。1995 年 5 月，被告人窦沛颖与冼晓玲因业务关系相识，期间为牟利两被告人商定以冼丈夫朱敏的名义在华东公司期货部设立编码为 034 的私人账户炒期货。同年 11 月 1 日，被告人冼晓玲电话委托窦沛颖在 034 账户上买入交割期为 9511 的三夹板 300 手。成交后三夹板行情下跌，冼为避免个人损失，利用其报单员的职务便利，通知窦沛颖将这 300 手三夹板合约转入其单位金属总公司的期货自营账户上。窦沛颖则利用其具体分单工作的职务便利，在该日交易所收盘后，通知华东公司结算人员将原本应入 034 私人账户上的 300 手三夹板合约转入金属总公司的自营账户上。因被告人冼晓玲和窦沛颖的转嫁行为，当天即造成金属总公司持仓亏损人民币 3.84 万元。后按金属总公司领导指令，将该 300 手三夹板合约与前后购入的该类三夹板一并卖出平仓，造成单位损失 26.9 万元。同年 11 月 17 日，冼晓玲电话通知窦沛颖，要求在 034 账户上买入交割期为 9512 的红小豆 400 手。成交后红小豆价格下跌，两被告人为避免个人损失，商定将 400 手红小豆合约转入华东公司自营账户上。当日交易所收盘后，窦沛颖利用职务便利，电话通知华东公司结算人员将原本应入 034 账户上的 400 手红小豆合约转入本单位编号为 018 的自营账户上。因两被告人的转嫁行为，当天即造成华东公司持仓亏损人民币 2.8 万元。同年 11 月 22 日，窦决定将这 400 手红小豆平仓，由此造成华东公司损失 24.4 万元。指控上述事实的证据有：证人何某、乐某某等有关 300 手三夹板情况的证言，证人顾某、吴某等关于华东公司期货部分单及结算情况的证言，证人朱某、王某等的有关证言，笔迹鉴定书，司法会计鉴定书，被告人窦沛颖、冼晓玲的多次供述。确认，被告人窦沛颖、冼晓玲的行为均已触犯《中华人民共和国刑法》第 382 条和第 383 条，构成贪污罪，并适用同法第25 条。

庭审中，被告人窦沛颖对本案的基本事实无异议，但提出当天的持仓亏损是浮动的而不是确定的，如果当天持仓亏损，公司要追加保证金，但钱还是属于公司，如果第二天赢利，这部分保证金是要退还给公司的。另外，提出其从未与冼晓玲预谋过，300 手三夹板一节，完全是按照交易所的有关规定操作并根据冼晓玲的指令进行。有关红小豆一节，因其看好红小豆的行情，并且不愿意失去客

户，最后也为单位赚了很多钱，希望法庭宽大处理。其辩护人提出起诉书指控窦、冼二人为牟利共同商定设立私人账户一节，无事实依据。两被告人在第一节事实上无共同贪污的故意。窦对 034 账户下令买三夹板，事先没有得到冼的征询。冼再次发出指令更改为 001 账户买进时，窦亦不知道是冼的单方意思表示，窦只是作为一个代理人按照委托人的意思行事。而且窦为保护 001 账户资产的利益还提醒冼要向其领导何伟报批，说明窦没有转嫁损失的故意。窦沛颖在主观上不具有贪污的故意。起诉书指控两被告人在第二节事实上属共同贪污，没有足够证据。从主观上看，窦没有转嫁损失的单独或共同故意。从结果上看，窦将一看涨的合约转移到其公司自营账户上，属于转移风险，且窦在不影响当年工作业绩的情况下被迫平仓后，及时大量买进，使公司盈利，总体上未给单位造成损失，也就没有社会危害性，不构成犯罪。另外，提出被告人窦沛颖属自首，且即便有罪，各人也只应各自承担责任，应根据全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 2 条第 2 款对其处罚。另请求合议庭若要判刑，综合考虑被告人的一贯优良表现，适用缓刑。被告人冼晓玲对本案的基本事实无异议，除同意窦沛颖的辩解外，还提出红小豆一节没有与窦沛颖商量过，在红小豆行情上涨时，曾通知窦将购入 034 账户的红小豆卖出平仓，但窦认为行情看涨劝她不要抛，之后，窦提出他仍然看好该红小豆行情，并表示如她不要这 400 手红小豆，他单位可以作为自营购入，以后的事不清楚。其辩护人提出，被告人冼晓玲犯贪污罪罪名不能成立。冼晓玲的主体身份不合格，冼只是其公司内从事期货交易的报单员，对公司的财产无经营管理权，不具备贪污罪的主体资格。此外，贪污罪所侵犯的客体是公共财物所有权关系，而本案所涉及的是期货交易关系，是债权的一种，其权利对象明显不同。被告人在主观故意上是为减少个人亏损，而非占有公司的财产。而且两笔交易被告人的过错也是不同的，被告人在 300 手三夹板转移上有欺骗公司的行为，致使公司买入了原本并不打算买入的期货，并致亏损，其主观上有转嫁亏损的故意，所以对该笔交易被告人是有主观过错的，但在 400 手红小豆的转移上并无主观过错。贪污罪在客观方面要有非法占有的行为，而本案中所涉及的期货交易，是货物的标准契约的买卖，是一种合同债权，并非可占有的实物财产，既然无财产，也就无法占有，也就无占有的行为。即使是有罪认定，根据被告人 1995 年的行为，应适用全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 2 条第 2 款，按照个人所得及在犯罪中的作用分别处罚，并应结合其自首情节、退赔情况和所涉金额，给予免予刑事处分或宣告缓刑。

经审理查明，被告人窦沛颖自 1995 年 5 月至案发，担任中国有色金属材料华东公司（以下简称华东公司）期货部经理。其主要职责是：主持本部门日常业

务活动和行政管理工作，负责实施自营及代理业务，负责代理客户具体分单工作。被告人冼晓玲自 1995 年 4 月至 1996 年 6 月间，担任上海市金属材料总公司（以下简称金属总公司）期货部报单员，其职责是：主要负责对口华东公司期货部报单及记载相应盈亏记录。期间，两被告人因业务关系相识，不久，冼向窦提出以其丈夫朱敏的名义在窦所在的华东公司期货部设立编码为 034 的私人账户进行期货交易。1995 年 11 月 1 日，冼晓玲电话委托窦沛颖在 034 账户上买入交割期为 9511 的三夹板 300 手（每手 200 张，成交价为每张人民币 43.7 元），成交后三夹板行情下跌，冼为避免个人损失，利用其报单员的职务便利，通知窦沛颖将这 300 手三夹板合约转入其单位金属总公司的 001 期货自营账户上，窦表示同意，但向冼提出这笔合约必须要向冼单位的副总经理何伟报告。当日交易所收盘后，窦沛颖通知华东公司结算人员将原本应入 034 私人账户上的 300 手三夹板合约转入金属总公司的自营账户上。冼晓玲则对何伟谎称该 300 手三夹板系听错指令购入，得到单位认可后登记记入本单位持仓情况汇总表。同年 11 月 1 日三夹板的结算价为每张 43.06 元，因被告人的转嫁行为，使得金属总公司当天持仓亏损人民币 3.84 万元。之后，冼按何伟指令，将 300 手三夹板合约与金属总公司前后开仓买入的三夹板一起平仓卖出，致使 300 手三夹板亏损人民币 26.9 万元。同年 11 月 17 日，冼晓玲电话通知窦沛颖，要求在 034 账户上买入交割期为 9512 的红小豆 400 手（每手 2 吨，成交价为每吨 2 380 元）。成交后红小豆价格上涨，冼即打电话给窦要求平仓，窦认为价格还会继续上涨，劝冼再缓一缓平仓，冼也默认同意，但在临收盘前，红小豆价格下跌。当日交易所收盘后，冼晓玲又打电话责怪窦没有及时平仓，窦坚持称此行情还会看好，并表示这 400 手可算在他所在的华东公司自营账户内，冼听后即默认。窦随后电话通知华东公司结算人员将原本应入 034 私人账户上的 400 手红小豆合约转入本单位编号为 018 的自营账户上。当日红小豆的结算价为每吨 2 345 元，华东公司为此持仓亏损人民币 2.8 万元。同年 11 月 22 日，窦因为担心红小豆行情继续下跌即平仓卖出，使得华东公司亏损人民币 24.4 万元。案发后，被告人窦沛颖退缴人民币 44 万元。被告人冼晓玲退缴人民币 9 万元。

上述事实，有检察院向本院提供并由公诉人在法庭上宣读、出示的两被告人所在单位出具的职务证明，证人何伟、乐文光关于冼晓玲为单位购进 300 手三夹板一节情况的证言，证人顾治、吴欣分别关于华东公司期货部分单及结算情况的证言，证人朱敏、王林分别关于开设 034 私人账户以及与被告人进行期货交易、利益分成等情况的证言，上海市黄浦区人民检察院笔迹鉴定书及华东公司期货部成交单汇总快报、金属总公司持仓情况汇总表，有关书证等证据所证实。上列证

据，经法庭质证，证据合法有效，本院予以确认。

本院认为，检察院指控被告人窦沛颖、冼晓玲的行为构成贪污罪的罪名成立。被告人窦沛颖、冼晓玲身为国有企业工作人员，在从事期货交易活动中，利用职务便利，采取欺骗手法，将私人账户上的期货合约在价格下跌时转入单位的账户，造成单位持仓亏损 60 000 余元，其行为已构成贪污罪。两被告人的行为发生在 1995 年 11 月，根据《中华人民共和国刑法》第 12 条从旧兼从轻的原则，对两被告人贪污数额的认定，应适用全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 2 条第 2 款的规定，并依照《刑法》第 382 条、第 383 条第 1 款第（三）项的规定定罪处罚。两被告人共同故意犯罪，根据《刑法》第 25 条第 1 款的规定，系共同犯罪。应根据两被告人在共同犯罪中所起的作用分别承担刑事责任。两被告人转嫁亏损获取的违法所得，根据《刑法》第 64 条的规定，应予追缴退赔。

关于被告人及其辩护人提出的当天持仓亏损是不确定的辩解和辩护意见。经查，整个合约自成交至平仓过程中的盈亏，虽然是不确定的，但由于一旦出现持仓亏损，便应当在当天从资金结算账户中扣划，故当天的持仓亏损是确定的、实际发生的，因此从这个意义上来说，合约成交后的持仓过程至平仓与每天的持仓盈亏既有联系，又有区别，两者不能混为一谈。故对被告人及其辩护人的上述辩解和辩护意见，本院不予采纳。被告人窦沛颖、冼晓玲主观上出于牟利的目的，利用 034 账户为个人进行期货交易，盈利则归自己，亏损则转嫁单位；客观上又利用职务之便，互相沟通，彼此协调，向各自单位隐瞒事实真相，将已经发生的个人期货亏损分别转嫁给单位，以达到避免个人损失的目的，这种以转嫁亏损来避免个人损失的做法，实质上是以单位的亏损来弥补本应个人承担的损失。两被告人明知危害后果的发生仍积极转嫁亏损，虽然没有直接占有单位财产，但两被告人通过转嫁亏损的行为，消极取得，同样也是非法占有的一种形式，故被告人及其辩护人关于没有占有公司财产，不构成贪污罪的辩解和辩护意见不能成立，本院不予采纳。此外，两被告人到案后虽然能坦白交代各自的犯罪事实，但尚不具备法律规定的自动投案的自首条件，故两被告人系自首及给予两被告人缓刑或免予刑事处罚的辩解和辩护意见，本院均不予采纳，但可根据本案的事实、性质、情节、对社会的危害程度及两被告人到案后的坦白交代和退赃表现，予以酌情从轻处罚。关于辩护人提出的两被告人的行为适用《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 2 条第 2 款规定的意见，本院予以采纳。据此，判决如下：

一、被告人窦沛颖犯贪污罪，判处有期徒刑 1 年 6 个月。（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 2002 年 4

月 4 日起至 2002 年 10 月 2 日止)。

二、被告人冼晓玲犯贪污罪，判处有期徒刑 1 年 9 个月。(刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日，即自 2002 年 6 月 12 日起至 2003 年 3 月 9 日止)。

三、两被告人的违法所得 66 400 元应退赔被害单位。

如不服本判决，可在接到判决书的第 2 日起 10 日内，通过本院或者直接向上海市第二中级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本 1 份，副本两份。

审判长：陈平建

审判员：李频

审判员：蒋伟君

2002 年 8 月 21 日

书记员：朱国强

# 成克杰受贿案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、受贿罪的职务要件
六、“情人型”暨“家庭型”共同受贿研究
七、受贿罪的量刑适用
八、成克杰受贿案之反思
九、结语
附录一：北京市第一中级人民法院刑事判决书
附录二：北京市高级人民法院刑事裁定书
附录三：中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书

## 一、选案理由

成克杰受贿案是新中国成立以来高级干部中数额最大的受贿案件，也是新中国成立以来职务最高的领导干部因受贿犯罪被处以极刑的案件。该案被收入最高人民法院公报。[①] 成克杰受贿案是当前受贿犯罪高压高发形势下具有很强代表性的案件。因成克杰的职位（案发时任全国人民代表大会常务委员会副委员长，属国家领导人）、受贿数额（4 100 多万元）及法院最终对其适用的刑罚（死刑立即执行），成克杰受贿案“刷新”了多项新中国成立以来官员受贿犯罪的纪录。也

---

① 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2000 年第 5 期。

正因为如此，该案曾引起了上到中央下到地方乃至平民百姓的广泛关注，当时，关于该案的报道随处可见。在受贿案件发案率高、大量涉案人员职位高、受贿数额越来越大、社会危害性日益严重的今天，对成克杰受贿案进行研究不仅具有很大的政治、社会意义，而且作为当前高层官员受贿犯罪的典型，该案也对刑法学的研究具有重要价值。因此，该案入选本书。

## 二、基本案情

成克杰，原第九届全国人民代表大会常务委员会副委员长，中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席。2000 年 6 月 26 日，根据最高人民法院指定管辖的决定，北京市人民检察院第一分院指控其涉嫌受贿犯罪，北京市第一中级人民法院依法对成克杰受贿案进行公开审理。成克杰和李平的犯罪事实如下：

1993 年底，被告人成克杰与李平（女，46 岁）准备各自离婚后结婚，商议趁成克杰在位，利用其职权，为婚后生活共同准备钱财。此后，成克杰、李平共同为他人谋取利益，从中收受财物。

(1) 1994 年 3 月 10 日，被告人成克杰利用职权，将广西银兴房屋开发公司（后更名为广西银兴实业发展公司，以下简称银兴公司）由原隶属广西国际经济技术合作公司改为直接隶属自治区政府领导和管理。1994 年初至 1995 年 6 月，成克杰通过李平接受银兴公司负责人周坤的（另案处理）请托，并从李平处得知可以得到好处，遂利用职权，指定南宁市江南停车购物城工程（以下简称停车购物城工程）由银兴公司承建，要求自治区计委尽快办理立项手续；指令南宁市政府将该工程 85 亩用地以每亩 55 万元低价出让给银兴公司；多次向中国建设银行广西分行行长曾国坚提出要求，为银兴公司发放贷款人民币 7 000 万元。为取得事先约定的好处，在张静海（另案处理）的协助下，成克杰、李平收受周坤以银兴公司多付土地转让费的方式给予的人民币20 211 597元。李平将其中人民币 900 万元送给张静海。成克杰、李平取得人民币11 211 597元。

(2) 1996 年上半年至 1998 年 5 月间，被告人成克杰通过李平接受银兴公司负责人周坤的请托，并从李平处得知可以得到好处，遂利用职权，决定将广西民族宫工程（以下简称民族宫工程）交由银兴公司与自治区民委共同开发建设，并指令将该项目法人由原定的自治区民委改为银兴公司；向中国工商银行广西分行行长肖广诚提出要求，为银兴公司发放贷款人民币 3 000 万元；指令自治区房改办公室违反国家规定，将房改基金人民币 2 500 万元借给银兴公司；先后两次批示自治区财政厅向银兴公司拨款人民币 5 000 万元；为银兴公司向国家计委申请

到项目补助款人民币 1 300 万元。为此，成克杰、李平收受周坤给予的人民币 900 万元、港币 804 万元（折合人民币 8 606 436 元）。李平将其中人民币 250 万元送给张静海。成克杰、李平取得合计人民币 15 106 436 元。

（3）被告人成克杰与李平在共同为银兴公司谋取上述利益的过程中，于 1994 年至 1997 年间多次收受银兴公司负责人周坤给予的人民币 2 万元、港币 2 万元、美元 2 万元以及金砖 1 块、黄金狮子 1 对、黄金钻石戒指 1 对、劳力士手表 3 块等物品。款、物合计人民币559 428元。

（4）1994 年 7 月至 10 月间，被告人成克杰通过李平接受广西信托投资公司（以下简称信托公司）及其下属的广西桂信实业开发公司（以下简称桂信公司）的请托，并从李平处得知可以得到好处，遂利用职权，分别向中国建设银行广西分行行长曾国坚、中国银行广西分行行长高武学提出要求，为信托公司以及桂信公司发放贷款共计人民币 1 600 万元。为此，成克杰、李平两次收受桂信公司给予的人民币共计 60 万元。

（5）1997 年 7 月，被告人成克杰通过李平接受广西桂隆经贸有限公司（以下简称桂隆公司）总经理刘新民为铁道部隧道工程局承揽岩滩水电站库区排涝拉平隧洞工程（以下简称拉平隧洞工程）的请托，并从李平处得知可以得到好处，遂利用职权，直接干预更改中标标段，使铁道部隧道工程局承揽到该项目标的较高的下游段工程。为此，成克杰、李平收受桂隆公司给予的人民币 180 万元。

（6）1994 年初至 1998 年初，被告人成克杰通过李平接受甘维仁（另案处理）的请托，利用职权，多次帮助甘维仁晋升职级，调动工作，使甘维仁由广西合浦县副县长先后晋升为广西北海市铁山港区区长、自治区政府副秘书长。为此，成克杰、李平四次收受甘维仁给予的人民币 27 万元。1996 年，被告人成克杰接受广西北海市公安局海城分局局长周贻胜的请托，向该市市委主要负责人推荐周贻胜担任北海市公安局局长。为此，成克杰两次收受周贻胜给予的美元 3 000元（折合人民币24 911元）。1996 年 2 月至 1997 年 12 月间，成克杰接受自治区计委服务中心主任李一洪的请托，利用职权，安排李一洪担任了自治区政府驻京办事处副主任。为此，成克杰三次收受李一洪给予的人民币 1.8 万元。

## 三、裁判要旨

国家工作人员与非国家工作人员商议，由非国家工作人员出面联系项目，接受他人请托，由国家工作人员利用职权，为他人谋取利益，二人收取钱财，为今后生活做准备，表明二人存在受贿的共同犯罪故意。国家工作人员从非国家工作人员处得知有关人员的请托及许诺给予“好处费”后，利用职务便利为请托人谋

取利益，由该非国家工作人员收受并保管“好处费”，表明该国家工作人员为他人谋取利益，是为了从中收受贿赂。该非国家工作人员利用了国家工作人员的职权，从请托人处收受贿赂，其与请托人之间不存在正当的商务关系。被告人利用职权为他人谋取利益，收取贿赂的行为，即使属正当履行职务，也不影响其受贿罪的成立。

## 四、引发的理论问题

根据上述材料，我们可以看出控、辩、审三方对成克杰和李平是否构成共同受贿、二人是否应共同对犯罪数额承担刑事责任、成克杰是否利用了职务便利、成克杰是否具有减轻处罚的情节等问题存在争议。由此引发了以下刑法理论问题：

1. 如何理解受贿罪中的利用职务便利为他人谋利益？
2. 如何认定共同受贿犯罪？
3. 如何对受贿犯罪分子进行量刑？如何认定和处理受贿案件中的退赃情节？
4. 面对高压高发的官员犯罪，应如何防治？

本文将结合本案中成克杰是否曾利用职务便利为他人谋利益，成克杰和李平是否构成共同受贿犯罪，成克杰是否具备退赃情节等问题，对上述刑法问题展开探讨。

## 五、受贿罪的职务要件

在案件审理过程中，成克杰的辩护人提出：成克杰作为自治区政府主要负责人，帮助有关单位承建停车购物城工程、民族宫工程、拉平隧洞工程，是正当履行职责；成克杰为请托人联系银行贷款，没有利用职权，不具备受贿罪的主体资格，因此不构成受贿罪。根据本案的相关资料，我们可以看到，成克杰的上述行为在检察机关指控的犯罪事实中占有极大比重，在上述工程的具体运作过程中，成克杰是否曾利用职权为相关单位谋取利益决定着对其所适用的刑罚的轻重。因此有必要对受贿罪中的“利用职权便利”加以研究。

根据刑法典和刑法一般理论，我们知道，受贿罪的职务要件即利用职务上的便利及利用本人职权或者地位形成的便利条件为他人谋利益。成克杰在上述工程中是否曾利用其自身的职务条件为他人谋利益从而构成受贿？如果构成受贿，那么其利用职务便利的行为属于一般受贿抑或斡旋受贿？

### （一）利用职务便利

1. 刑法学界关于“利用职务上的便利”的理论争议

如何理解利用职务上的便利，在我国刑法学界存在着不同的看法，择其要者，主要有以下几种观点：①

（1）利用职务上的便利在含义上包括两个彼此联系的方面，一是基于本人职务身份而享有的职权，二是由职务派生出来的工作便利。利用工作便利多发生在有第三者存在的场合，行为人与第三者虽然不存在行政上的隶属关系和领导关系，但却存在着业务上的依赖关系，横向的经济合作关系，或工作上相互制约的关系。行为人虽然不能以行政领导的身份对第三者发号施令，但其担任的职务及所具有的地位对第三者存在现实的影响，这种影响力就是受贿人得以利用的工作便利。利用他人的职权，只能以自己的职务为基础，与自己的职务活动有一定关联的才属于利用职务上的便利。确认国家工作人员利用第三者职权为他人谋取利益是否属于利用职务上的便利时，应以行为人在这一过程中是否利用了自己的职务便利为基础。

（2）利用职务上的便利，①包括利用职权范围内的权力所造成的方便条件；②利用包括与工作相联系的便利所造成的方便条件。前者是指国家工作人员本身职务所具有的在一定范围内直接起作用的条件，后者指国家工作人员在工作中与本单位或其他单位发生联系的情况下产生的一切便利条件。

这种工作便利不像职权便利的范围、内容那么容易确定、具体。大体上可以分为两种基本类型：①内部勾结型，即行为人利用同一单位人员和自己职权的合力进行犯罪的情形；②内外勾结型，即行为人分别属于两个或两个以上单位的人员，或者单位人员与社会人员合谋犯罪的情形。

（3）利用职务上的便利包括两种情况：一是通过受贿人本身职务所造成的便利条件，二是受贿人利用他人职务的便利，即利用本人的职务便利和利用他人的职务便利。受贿人凭借自己的职务影响或者人事、人情关系，向其他国家工作人员要求给予行贿人利益。这种情况下，受贿人虽然没有直接利用自己职务上的便利条件，其为行贿人谋利是通过第三者职务条件实现的，但这种间接利用他人职务便利而实施的行为，也应视为受贿人利用职务上的便利。

（4）利用职务上的便利包括三层含义：①直接利用职权的方便条件；②行为人利用自己职务的影响，即职权范围的延续；③行为人利用了原有职务的影响即职权的时间延续。

（5）利用职务上的便利不包括与工作相关联的便利所造成的方便条件。工作便利是一个很不准确的概念，把工作便利作为受贿罪的构成要件，不仅没有立法

---

① 参见肖介清：《受贿罪的定罪与量刑》，人民法院出版社 2000 年版，第 113 页。

依据，在实践中也会混淆罪与非罪、此罪与彼罪的界限。从逻辑联系上看，"两高"《关于当前办理经济案件中具体应用法律的若干问题的解答》（以下简称《解答》）对受贿罪的构成要件的表述违反了统一原则。《解答》关于受贿罪的构成要件，开始表述为："受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利，为他人谋取利益而索取或者收受他人财物的行为。""利用职务上的便利是构成受贿罪的不可缺少的条件。"但在其后又表述为："国家工作人员利用职务和工作便利为他人谋取利益，以酬谢费名义索取、收受财物的均应认定为受贿罪。"显然，《解答》将其在前面反复肯定的受贿罪的构成要件——利用职务上的便利，在后面更换为"利用工作便利"了。"工作便利"概念的外延与内涵同"职务上的便利"有着根本的不同，职务上的便利仅仅是工作上的便利的一部分，可见《解答》的解释是自相矛盾的。

2. 观点评析

上述观点对利用职务便利的范围进行了宽窄不一的界定，其中，第一、二种观点认为利用工作上的便利属于利用职务上的便利的一种情形，第三种观点认为利用职务上的便利包括利用他人职务上的便利，第四种观点认为，利用原有职务的影响属于利用职务上的便利。对此，笔者认为：

（1）利用工作上的便利不属于利用职务上的便利的情形，否则，将混淆罪与非罪的界限，抹煞受贿罪权钱交易或者权物交易的本质特征。离开行为人的职权，很难断定行为人的行为是否侵犯了公职行为的廉洁性。从逻辑的角度上讲，利用工作上的便利的外延要大于利用职务上的便利，因此认为利用工作上的便利包含在利用职务上的便利之中，不符合逻辑；1989 年 11 月 6 日"两高"联合发布的《关于执行〈关于惩治贪污贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》指出："受贿罪中利用职务上的便利，是指利用职权或者与职务有关的便利条件。职权是本人职务范围内的权力。与职务有关是指虽然不是直接利用职权，但利用了本人职权或地位形成的便利条件。"在这一解释中，明确地排除了利用工作便利的理解。

（2）利用他人职务的便利包括几种情形：单纯利用亲属的职务便利、单纯利用朋友的职务便利和以自己的职权与地位为基础，间接利用他人的职务便利。前两种情况下行为人利用的主要是血缘或者感情上的联系，与本人的职务毫无关系，因此不能构成受贿犯罪。对于第三种情形而言，如果作为上级的行为人利用对下级的直接制约关系，通过下级的具体经办行为，为请托人谋取利益并收受财物的，应属于利用职务上的便利；如果行为人利用自己的职权和地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员的职务行为为他人谋取不正当利益，索取或者收受

财物的，属于斡旋受贿。

（3）利用原有职务的影响不属于利用职务上的便利。利用原有职务的影响在我国指离退休人员利用本人原来职务上的职权或地位形成的便利条件，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人非法收受或者索取财物的情形。离退休人员因为已经离开原来的岗位，没有职权可以利用，也就不能再实施渎职行为，因此也就不能构成受贿罪。但是，根据最高人民法院 2000 年 6 月《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物的行为如何处理问题的批复》的规定，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人约定，在其离退休后收受请托人财物，构成犯罪的，以受贿罪处罚。对于这种情况之所以以受贿罪处理，是因为，行为人在离退休前，利用职务上的便利为请托人谋取了利益，而利用职务上的便利恰恰是受贿罪实行行为的一部分。

3.“利用职务上的便利”涵义解析

（1）职务的特征。要厘清“利用职务上的便利”的含义，必须先对“职务”进行界定。在这个问题上，笔者认为职务具有以下特征：①职务的合法性。即国家工作人员进行受贿犯罪时所利用的职务必须是依法获得的。②职务的现时性。即国家工作人员所利用的职务必须是其犯罪时所现实具有的，而不是利用其已经离任的、过去的职务的影响，也不是利用即将到任的、将来的职务的影响。[①]③职务的直接性。即国家工作人员进行受贿犯罪时所利用的职务条件必须与其所享有的职务具有必然的、直接的关系，是以其所享有的职务的存在为前提和基础的。④职务的有效性。即国家工作人员利用职务的行为在某种程度上是发生法律效力的，具有一定权威性、社会影响性。

（2）“利用职务上的便利”的表现形式。根据以上对职务的界定及最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》的规定（该规定指出：“利用职务上的便利”，是指利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、负责或者承办某项公共事务的职权及其形成的便利条件），笔者认为，利用本人职务范围内的权力主要有以下几种表现形式：①利用经办权和管理权。国家工作人员都经办、管理着一定的公共事务，拥有一定的职权，可以利用来为请托人谋利而索取或者收受其贿赂。这是司法实践中大量存在的受贿行为的表现形式，一般国家工作人员索贿受贿，利用的大多是这种职权。②利用领导

① 理由是：（1）根据我国立法和司法解释的原则和精神，国家工作人员职务犯罪中利用职务便利中的“职务”只能是行为人犯罪时所真实享有的；（2）1997 年刑法明确规定了罪刑法定原则，并明确规定了作为受贿罪的客观表现之一的间接受贿行为，即刑法第 388 条。这样就排除了离、退休国家工作人员利用其原有职权或地位形成的便利条件，通过其他在职的国家工作人员职务的行为进行受贿构成犯罪的可能。

权和指挥权。处于领导地位的国家工作人员主管本单位或本系统的工作，对本单位一般工作人员和下属机关的工作人员，在其分管、主管的工作和业务范围内，具有一定的领导权和指挥权，可以利用命令指使下属、下级国家工作人员做出一定的职务行为，为请托人办事而索取或者收受其财物。[①] 问题是，如果行贿人请托的事项不在某一居于领导岗位的工作人员的分管、主管范围内，而该领导指使经办人等为请托人谋利的，行为人是否属于利用职务上的便利？对此，我国刑法学界有不同看法。有种观点认为，只有在其分管、主管的工作和业务范围内，指使或命令下属或下级工作人员为他人谋取私利的，才属于利用职务上的便利。[②] 持相反观点的学者认为，对利用职务上的便利做过多的限制是脱离我国国情的，也不利于反腐败工作的顺利进行。其次，如果对行为人利用职务上的便利做上述限制，则极有可能将行为人指使、命令下属为请托人谋取利益，并从中索取或收受请托人财物的行为当作斡旋受贿。这样会把许多以权谋私的行为排除在犯罪之外。最后，从“两高”对这个问题的态度看，《关于惩治贪污贿赂、渎职犯罪若干问题的处理意见（讨论稿）》就指出，利用本人职权并不仅限于个人的分工。例如担任单位副职的国家工作人员，其职权不仅限于其分工范围内的事项，副职人员通过不属于自己分管的单位内其他部门的国家工作人员为他人谋取利益的，属于直接利用职务上的便利为他人谋取利益。[③] 笔者同意第二种观点，认为将请托人所谋求的事项限定为在行为人主管、分管范围内才属于利用职务上的便利的观点与我国的国情不相符。实践中下属或者下级国家工作人员出于自身利益的考虑，对上级领导唯命是从的现象十分普遍。居于领导地位的国家工作人员能够轻而易举地利用下级国家工作人员的职务行为为请托人办理不属于自己主管、分管范围内的事项。因此，单位领导指使下属为他人谋利的，无论是否属于自己主管、分管的业务范围内，都应视为利用自己职务上的便利。③党政机关主要负责人利用其对下级或者居于下位的国家工作人员在政治上的领导权、监督权和制约权。这是一种特殊形式的利用职务上的便利，例如县委书记、政协主席对县财政局长，县长对县法院院长或检察院检察长。从宪法上讲，前者对后者没有领导权和指挥权，但事实上前者的指示、批示后者几乎都得满足。因此这是一种特殊的利用本人职务范围内的权力的表现形式。

---

① 参见刘光显、张泗汉主编：《贪污贿赂罪的认定与处理》，人民法院出版社 1996 年版，第 286、287 页。

② 参见杨兴国：《贪污贿赂罪法律与司法解释应用问题解疑》，中国检察出版社 2002 年版，第 186 页。

③ 参见王俊平、李山河：《受贿罪研究》，人民法院出版社 2002 年版，第 52、53 页。

利用上述特殊职权或地位形成的便利条件之所以仍属利用职务上的便利，源于我国现阶段的基本国情。长期以来，我国党政职能不分、以党代政、政企不分，国家工作人员职责不清。一些党政领导干部集党政权力于一身，他们实际掌握的权力比法律、政策所赋予他们的职权要大得多。但在实际工作中要界定他们与第三人是否具有职务上的制约关系则有一定的难度。如县委书记、政协主席、人大常委会主任与县政府各部、委、办、负责人，从法律上难以认定他们之间是否具有职务上的直接制约关系。但前者的职权或地位影响在其辖区范围内始终是客观存在的。由于上述人员在其管辖的区域内拥有客观存在的广泛的支配社会政治、经济事务的权力，处于上级地位的国家工作人员如市委书记事实上都拥有支配下级或居于下位的国家工作人员如市教育局局长作为或不作为的权力。因此，一旦党政机关主要负责人利用职权或地位形成的便利条件为请托人谋取利益，他们比一般的经办人员更容易达到目的，也更容易滋生腐败；而且权钱交易的数额往往更大、更隐蔽，危害也更严重。也正因如此，近年来我国一直将查处县处级以上领导干部贪污贿赂犯罪案件作为反腐败斗争的重中之重，并实际查处了一大批这方面的案件。

**（二）斡旋受贿的职务要件**

1. 斡旋受贿职务要件的含义论争

如何理解利用本人职权和地位形成的便利条件，在我国刑法学界的争议是最大的。综合来看，主要有如下几种观点：

第一种观点为制约论，即认为只有在斡旋者与被斡旋者之间具有制约关系时，斡旋者才属于利用职权和地位形成的便利条件。其中，根据制约关系界定范围之宽窄，又有两种观点：第一种观点认为，斡旋受贿中斡旋者与被斡旋者之间的关系表现为四种：①监督关系。监督是指斡旋者根据法律、规章具有检查、质询、接受报告、提出纠正意见等权力。②制约关系。制约关系是指斡旋者与被斡旋者在共同完成任务的过程中相互制衡的关系。③行业管理与被管理的关系。④协作关系。协作关系是指斡旋者与被斡旋者共同完成某项事务，具有共同利益关系。[①]

第二种观点认为，在斡旋受贿中，行为人与其他国家工作人员之间的制约关系表现为：①上级对下级的纵向制约关系。这种制约关系应当包括从属关系和非从属关系两种。在从属关系情况下，上级可以通过其领导地位要求下级实施职务行为，为他人谋取非法利益。在非从属关系中，上级不能直接命令下级国家工作

① 参见王俊平、李山河：《受贿罪研究》，人民法院出版社2002年版，第52、53页。

人员作为或不作为某种职务行为，但是可以利用其职权、地位形成的便利条件施加某种影响或压力，驱使其为一定的职务行为，以满足请托人谋取非法利益的要求，从而收受财物。②无隶属关系的同级国家工作人员职务之间的横向制约关系。①

第二种观点为非制约论，即认为所谓利用本人职权和地位形成的便利条件是指利用行为人职务对第三者具有的非制约性的影响作用。这种影响力的程度上限是还没有达到制约的程度，也就是请托人利益实现的根本原因在于第三者职务行为的实施，而非行为人职权的行使，其下限是超出亲友关系等一般社会关系的范围。这表明在间接受贿中，行为人职务对第三者的影响力是一种基于行为人职务身份存在而形成的尚未达到制约程度的影响作用。②

第三种观点为身份或面子论，认为既不能将利用本人职权和地位形成的便利条件理解为利用制约关系，也不能将其理解为利用影响关系，否则刑法就没有必要增加第 388 条。刑法正是针对那些不具有影响、制约关系，但是利用了自己的身份、面子，通过第三人为请托人谋利益，却有社会危害性而刑法第 385 条又不能涵盖的行为，才增加了第 388 条的规定。同时为避免扩大打击面，又增加了“谋取不正当利益”的要件。因此，即使双方没有职务上的隶属或者制约关系，但行为人利用了自己的身份通过第三者为请托人谋取不正当利益的，也构成斡旋受贿。③

第四种观点认为，斡旋受贿所要求的职务要件具有如下特征：①行为人的职权和地位对其他国家工作人员是否做出某种行为仅仅具有影响作用，而不具有制约作用。②其他国家工作人员是否依照行为人的要求或请求做出某种行为，在意志上具有相对的自主选择余地。③如果其他国家工作人员违背了行为人要求其为某种行为的意志，不会也不可能立即带来不利的后果。利用本人职权和地位形成的便利条件的表现形式有：上级单位工作人员对下级单位的非制约性的影响；利用下级对上级职务上的影响关系；某职能部门的国家工作人员利用对其他职能部门之间的非制约性的影响关系。④

2. 斡旋受贿职务要件含义分析

笔者同意上述第四种观点，认为：

---

① 参见游伟主编：《刑法理论与司法问题研究》，上海文艺出版社 2001 年版，第 569—571 页。

② 参见毕为、陈正云：《受贿罪若干问题司法认定研究》，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》（第 4 卷），法律出版社 2000 年版。

③ 参见赵秉志主编：《中国刑法实用》，河南人民出版社 2001 年版，第 1470 页。

④ 参见王俊平、李山河：《受贿罪研究》，人民法院出版社 2000 年版，第 65、66 页。

（1）1989年“两高”制发的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》指出：对于单纯利用亲友关系，为请托人办事，从中收受财物的，不应以受贿罪论处。“两高”《关于贪污贿赂、渎职若干问题的处理意见（讨论稿）》也指出：利用本人职权或地位形成的便利条件是指行为人的职权与被利用的国家工作人员之间在职务上没有直接的隶属和制约关系。但是其所在单位、工作性质等与其他国家工作人员存在一定的制约、协作等特定关系，其他国家工作人员因其请托，通过其职务上的行为，为请托人谋取不正当利益的，应以受贿罪论处。

（2）如果行为人与被斡旋人存在下面两种关系，且行为人通过被斡旋人职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物的，行为人构成斡旋受贿：①执行职务活动的依赖性。作为被斡旋人的国家工作人员职务活动的顺利、高效完成，有赖于行为人的职务活动的积极有效开展。例如，某火车站派出所所长找到某矿矿长要求对方低价将煤卖给自己的请托人，该矿长考虑到矿上向外运煤的铁路专用线归该所长管理，为便于以后工作的开展，遂低价将煤卖给委托人。请托人由此获得巨额利润并为此给予该所长财物。②权力上的相互交换关系。即行为人虽然与被斡旋人之间不存在职务活动的相互依赖关系，但行为人的职务行为的开展可以为被斡旋人谋取利益。这以行为人的职权与被斡旋人的职务活动之间具有可交换性为基础。

（3）斡旋受贿应排除两种关系：①领导关系，利用领导关系为请托人谋取利益收受财物的，按一般受贿处理。②亲朋好友关系。利用这种关系为请托人谋取利益收受财物的，不属于利用职权与地位的斡旋受贿的范围。

（4）《刑法》第388条的立法本意是解决《刑法》第385条所规定的一般受贿罪之外现实生活中客观存在的一般受贿条文难以涵盖、而又必须以刑法调整的情况，因此，凡符合一般受贿的均应适用《刑法》第385条。对上级、上位领导利用对下级或居于下位的国家工作人员的制约关系的案件，仍应按一般受贿案件对待。《刑法》第388条规定的实质是为了更加有力地打击受贿、反对腐败，同时为防止过分扩大打击面，又特别限制必须是为请托人谋取了不正当利益。

**（三）成克杰相关犯罪行为性质分析**

本案审理过程中，一个争议很大的问题是党政机关主要负责人指使、命令、说服辖区各专业银行为他人谋取利益的，是否属于利用职务上的便利？从理论上讲，专业银行与地方政府之间没有领导与被领导的关系，由此以来，似乎成克杰为请托人联系贷款的行为也没有利用自己的职务便利。然而，作为地方政府的一

把手，其职务和地位在该区的影响是不容否认的。公诉机关在庭审中出示的证人证言、书证等证据也证实，在当时的金融管理体制下，设立于广西的中国建设银行广西分行、中国工商银行广西分行、中国银行广西分行有关负责人的任命，要征得自治区党委和政府的同意。成克杰作为自治区党委及政府的主要负责人，与设立于自治区内的上述三家银行及其负责人具有管理制约关系。因此成克杰对各专业银行是否发放贷款有着直接的影响。例如证人高武学、李光明证实，中国银行广西分行考虑到与成克杰的关系才向桂信公司发放贷款 1 000 万元，如果不是成克杰提出要求，该贷款不可能发放。中国建设银行广西分行也是在成克杰的多次要求下向银兴公司发放贷款 7 000 万元。因此，成克杰其利用自身具有的这种直接影响为他人联系贷款，应该属于利用职务上的便利为他人谋取利益。他要求专业银行为有关公司提供贷款就是利用职务上的便利为他人谋取利益，故属直接受贿而非间接受贿。所以法院认定成克杰在为相关单位联系贷款的行为属于“利用职务上的便利”是正确的。

另外，在江南停车购物工程、广西民族宫工程、拉平隧洞工程中，成克杰是利用职务便利为他人谋利益还是正常履行职务？法院认为成克杰在上述项目中曾利用职务便利为他人谋利益从而构成受贿罪，笔者认为这种认定是正确的。李平曾证实，她事先和银兴公司负责人商谈工程项目、贷款时，周坤许诺如帮助银兴公司承建停车购物工程，将得到“好处费”。在这种利益的诱惑下，成克杰利用职权变更银兴公司的隶属关系、违反工程项目立项的规定程序，指令有关部门为银兴公司办理工程项目立项审批手续，将停车购物工程交给银兴公司承建，并指令广西省南宁市政府压低工程用地的价格；在民族宫工程中，同样是在得到对方给付巨额“好处费”的承诺后，成克杰指令自治区政府办公厅将项目法人改为银兴公司，并违反规定指令自治区房改办公室将房改基金人民币2 500万元借给银兴公司；事后，银兴公司依照承诺付给成克杰和李平“好处费”上千万元人民币。在拉平隧洞工程中，成克杰也是如法炮制的“履行职责”并得到“好处费”180 万元。由此可以看出，成克杰之所以做出某些“职务行为”，完全是出于为他人谋利从而为自身捞取钱财的考虑，因此其行为不属于履行正常职务。

成克杰受贿案进一步说明了利用职务上的便利与利用职权或者地位形成的便利条件之间的关系。北京市第一中级人民法院、北京市高级人民法院和最高人民法院三级法院都认为成克杰的行为触犯的是《刑法》第 385 条而非第 388 条的规定。如最高人民法院的刑事裁定书认为其行为触犯的是《刑法》第 385 条第 1 款的规定。笔者认为三级法院的判决、裁定及适用的法律是正确的，特别是最高人

民法院的刑事裁定书具有权威性，对于我们正确认识和理解“利用职务上的便利”与“利用本人职权或者地位形成的便利条件”之间的区别具有重要的启发和指导意义。如果我们拘泥于形式，不看实质，简单地以专业银行与地方政府之间没有领导与被领导的关系为由否定成克杰的行为是利用职务上的便利为他人谋取利益就会犯形式主义的错误，这样不仅没有正确理解立法本意，对实践也将是十分有害的。

## 六、“情人型”暨“家庭型”共同受贿研究

### （一）“情人型”共同受贿犯罪概说

情人型共同受贿犯罪即国家工作人员与其情人相勾结，共同实施的受贿犯罪。那么，实践中该种类型的受贿犯罪是不是具有普遍性以至有必要专门区分一个类型来对其进行研究？成克杰与其情妇李平的共同受贿犯罪是否仅仅是一个国家工作人员与情人相勾结进行犯罪的特例？从下面的资料中我们可以找到答案。

据统计，上千例发生在 20 世纪末 10 年的腐败犯罪案例，在男性贪官污吏的犯罪过程中，竟有九成以上搅和着一些不干净的女人。“贪如火，不遏则自焚；欲如水，不遏则自溺。”贪官与情妇现象，再一次印证了这句古语。[①] 也有报道说，在广州、深圳、珠海公布的 102 宗官员贪污受贿案件中，当事人 100%包养了情妇。厦门远华走私案中，包括公安部原副部长李纪周、厦门海关原关长杨前线在内的重要案犯，几乎毫无例外地既搞腐败又养情妇；而慕绥新腐败案中，慕本人后来的妻子就是与他长期有不正当关系的情妇，而该市法院院长贾永祥则拥有 7 个情妇。[②]

上述数据未必全面、准确，然而，它们的确反映了当前受贿犯罪[③]的一些现实情况，即受贿犯罪中，往往有官员的情人参与其中，情人们或者仅仅在背后为国家工作人员保管后者受贿所得的财物，然后瓜分或者共享，或者与国家工作人员一起共同参与受贿犯罪，[④] 或者男女位置对调，情人伸手接钱，接到之后自己藏好，然后与国家工作人员共享，成克杰与李平就是以这种方式受贿的。当然，

---

① 《十年千贪：中国贪官情色丑闻实录》，载湖南在线 http：//www. hnol. net。

② 《广州深圳珠海公布的案件贪污受贿官员都有情妇》，载新华网 http：//news. xinhuanet. com/news/2001－11/28/content _ 137289. htm。

③ 因为本文主要研究的是受贿犯罪，因此，在此仅仅言及受贿犯罪。

④ 例如：海南省检察院侦查终结移送海口市检察院起诉的海南省三亚市海关原关长黄贵兴和情妇李姗平共同受贿五十七万元。参见：《权色交易特征之三：贪官与情妇》，载湖南在线 http：//www. hnol. net。

还有一种情况，就是情人仅仅是被包养的对象，享受国家工作人员予以其的各种经济利益，但是其绝不参与、指使、教唆国家工作人员受贿，其也不知道其享用的物质利益是国家工作人员受贿所得。这种情况不在本文的讨论范围之内。国家工作人员与其情人相勾结共同实施受贿犯罪——即下文所指的“情人型”共同受贿——应该说在国家工作人员的受贿犯罪中具有相当的普遍性。下面，笔者将以成克杰受贿案为切入点对情人型共同受贿犯罪进行分析。

### （二）“情人型”共同受贿犯罪的定性与处理

1. 国家工作人员和其情人能否构成共同受贿犯罪

情人型共同犯罪属于混合主体共同受贿的一种，即国家工作人员与非国家工作人员共同受贿。在司法实践中，情人型共同受贿犯罪已经成为当前受贿犯罪的一个新动向，特别是在高级干部受贿案件中占有较大比例。

情人型共同受贿犯罪中，由于犯罪主体之间关系的特殊性，它比普通的共同犯罪案件更复杂，特别是在实践中对刑法有关条款的理解和对共同犯罪的理论的具体应用尚存争议，如何认定国家工作人员与其情人具有共同犯罪行为和共同犯罪故意，已经成为当前困惑司法实践的一个难题。因此，笔者认为有必要借助成克杰受贿案在这里单独讨论情人型共同受贿问题。

国家工作人员和情人能否构成共同受贿犯罪？对这一问题，理论界有不同的看法：

第一种观点认为，非特殊身份人员不能构成受贿罪的共犯。法律依据是：1997 年刑法生效后，原全国人大常委会 1988 年 1 月 21 日《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 4 条第 2 款的规定即“与国家工作人员、集体经济组织的工作人员或者其他从事公务的人员互相勾结，伙同受贿的，以共犯论处”已经废止。《刑法》第 25 条对共同犯罪的规定，只是一般意义上的共犯的规定，并没有明确特殊主体与不具备特殊主体资格的人是否构成共犯的问题。《刑法》第 382 条关于共同贪污的规定属于特殊规定，因为第 385 条并无此类规定，因此本着法无明文规定不为罪的原则，应该认定无身份犯不能构成受贿罪共犯。[①]

第二种观点认为，1997 年《刑法》虽然没有明确规定无身份犯能否构成受贿罪共犯的问题，但在刑法分则无特别规定时，应适用刑法总则关于共同犯罪的规定，这是由总则和分则的关系所决定的。参照共同犯罪的有关规定和分则中关于贪污罪共犯的规定，对非国家工作人员与国家工作人员相勾结，伙同受贿的，

① 参见邓祥瑞：《非国家工作人员不构成受贿罪共犯》，载《湖南师范大学社会科学学报》2000 年第 3 期。

仍应以受贿罪的共犯追究其刑事责任。[①]

笔者认为第二种观点是正确的。除上述理由外，还有以下依据：

（1）《刑法》第382条第3款的内容属于注意规定，而非法定拟制。[②] 对贪污共犯的注意规定只是为了防止司法机关的误判。因为贪污罪包含了利用职务之便的侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物的行为，无身份犯与身份犯相勾结，伙同贪污时，无身份犯的行为也符合侵占罪、盗窃罪和诈骗罪的构成要件。这个注意规定，是为了防止司法人员将贪污罪的共犯认定为侵占、盗窃、诈骗等罪。刑法对受贿罪取消注意规定，是因为基本上不存在将受贿罪的共犯认定为其他犯罪的问题，因而没有提醒的必要。刑法具有简洁性的要求，只会对容易产生误解的内容做出注意规定，其他情况即可省略。总不能因为受贿罪中无此注意规定，就认为无身份犯不构成受贿罪的共犯，这是对法律条文的误解，也对司法实践有相当大的消极影响，不利于反腐倡廉工作的开展。成克杰受贿案中，李平本人系香港商人，假如依第一种观点，成克杰构成受贿罪而李平不构成受贿罪，这样显然会放纵犯罪。

（2）刑法理论中混合主体共同犯罪的概念，也支持了无身份犯可以成为受贿罪共犯的观点。所谓“混合主体共同犯罪”即指有身份者与无身份者共同犯罪。受贿罪的共犯行为就是这类犯罪。混合主体共同犯罪强调的是，虽然二人以上共同受贿犯罪不要求所有的共同受贿犯罪人均具有特定身份，但至少要有一人有特殊身份，即为国家工作人员。它是有身份者行为与无身份者行为的有机统一。若没有特殊身份的存在，就不可能有利用职务上便利这一行为的发生，也就不成立受贿罪。其他人员虽不具备特殊身份，但符合共同犯罪要件，且由于一人的身份，并实施了侵犯国家工作人员职务廉洁性的行为，由此构成了受贿罪的共犯。

2.“情人型”共同受贿犯罪的特点

国家工作人员与其情人共同受贿属于自然人共同受贿犯罪，因此其也具备自然人共同受贿的一般特征，即：①犯罪主体的特殊性。受贿罪是一种职务犯罪，在共同犯罪的情况下，至少有一人是国家工作人员。②犯罪故意的贯通性。相互勾结的各共同犯罪人都希望通过权钱交易获得一定的财物，并在主观故意方面他们具有密切的联系和贯通。这种共同的犯罪故意使各共犯之间的行为彼此联系，互相默契，成为共同一致的犯罪活动。③犯罪行为的共同性。在共同受贿犯罪

① 参见赵秉志等：《贿赂罪共同犯罪研究》，载《刑事法治发展研究报告》（2002年卷），中国人民公安大学出版社2002年版，第228页。

② 参见张明楷：《非国家工作人员伙同受贿的共犯认定》，载《检察日报》2001年11月1日第3版。

中，各共同犯罪人在参与犯罪时，不论其分工如何，参与程度如何，所有的行为总是作为一个整体有机联系在一起的。在整个犯罪的链条中，这些行为具有共同性，它们和犯罪结果都具有因果关系。这些共同受贿犯罪行为是犯罪结果发生的共同原因，也是共同犯罪人承担刑事责任的客观基础。④实行行为的多样性。共同受贿犯罪是由数个犯罪行为组合而成的，由于实行主体不同、实行阶段各异，实行行为组合的方式也有很多差异，具有多样性。非国家工作人员可以与国家工作人员一起成为共同受贿犯罪的实行犯就是多样性的一个突出表现。[①]

此外，作为自然人共同受贿的一种类型，国家工作人员与其情人共同受贿也具有自身的特点，即：①关系密切。国家工作人员与其情人之间的“爱情”关系使得他们之间共同实施的受贿犯罪是建立在相互利用与相互依靠的基础上，不是基于其他利益关系。②经济整体性。共同受贿人特殊的生活关系决定了他们之间在经济上具有紧密的关联性，受贿的财物将纳入共享或者被瓜分。③活动隐蔽性。共同受贿人具有相对独立的生活空间，他们相互之间的意思沟通与行为的实施具有隐蔽性，证明难度较大。

3. 情人型共同受贿故意的认定

共同故意的认定对于解决情人型共同受贿犯罪问题至关重要，因此，笔者意专门就该问题进行分析。情人型共同受贿故意是指国家工作人员与其情人通过主观联络，对其将会造成的危害社会的结果持希望的心理态度。这种内在的主观联络表现为共同犯罪人以利用国家工作人员职务上的便利或者职权或地位形成的便利条件、收受他人财物、为他人谋取利益为核心的双重认识和双重意志。

（1）共同受贿故意中“明知”的认定。在司法实践中，在国家工作人员利用职务上的便利，为他人谋取利益，由其情人单独收受贿赂的情况下，对明知的认定成为一个难题。国家工作人员对其情人收受贿赂的明知程度如何，才能予以认定？

笔者认为，根据刑事立法精神和有关司法解释，明知的含义是指明确地知道或者应当知道，即明知具有必然性和可能性两种程度上的限制。其中，明知的可能性是明知推定的最低限度标准。认定国家工作人员主观上的明知，既不能仅凭其口供而认定，也不能因其不供述而不予认定，应当根据案件的客观事实予以分析，只要证明国家工作人员明确知道或者应当知道其情人代收贿赂，而利用职务便利，为他人谋取利益的，无论其是知道受贿的具体情况，还是受贿的基本内

① 参见赵秉志等：《贿赂罪共同犯罪问题研究》，载《刑事法治发展研究报告》（2002 年卷），中国人民公安大学出版社 2002 年版，第 228 页。

容，无论其是幕后指挥、在场目睹，还是情人相告，均可认定为明知。

（2）“情人型”共同受贿故意的具体类型分析。根据行为方式的不同，可以将“情人型”共同受贿划分为“预谋型”、“指使型”和“纵容型”三种主要类型。①在“预谋型”共同受贿犯罪中，国家工作人员与其情人共同处于主动状态，双方在实施共同受贿犯罪行为之前已经形成确定的共同犯罪故意，对于本人及其情人行为的性质、方式、手段、危害后果以及因果关系具有明确的判断，并对共同行为造成的社会危害后果持希望态度。“预谋型”共同受贿故意中国家工作人员的“明知”应当推定为明确知道，即对情人收受贿赂的基本情况具有必然性的认识。实际收受贿赂数额的多少，情人是否告知，不影响对“明知”的认定。②在“指使型”共同受贿犯罪中，国家工作人员与其情人分别处于主动与被动的状态，具体表现为国家工作人员指挥、支使、要求其情人提供帮助的行为并导致情人参与完成受贿行为。根据国家工作人员对其情人帮助其收受贿赂指令的明确性，应当推定其“明知”为确切知道，即对其情人收受贿赂的具体情况具有必然性的认定。根据笔者掌握的有限资料，这种类型的共同受贿较为罕见。③在“纵容型”共同受贿犯罪中，国家工作人员与其情人分别处于被动与主动的状态。具体表现为情人接受他人请托，收受他人财物后，鼓励、要求国家工作人员利用职务上的便利，为请托人谋取利益；国家工作人员的“明知”应当推定为其应当知道，即对其情人收受贿赂的基本情况具有可能性的认定。

4. 情人参与受贿犯罪行为的性质及处理

（1）情人能否成为共同受贿犯罪的实行犯。情人可以和国家工作人员构成共同受贿犯罪，是在情人教唆、帮助国家工作人员受贿时，这是没有疑义的，但情人可否成为共同受贿罪的实行犯？对此有不同意见。否定无身份之人与有身份之人可以成立真正身份犯之共同正犯的学者认为，在贪污罪和受贿罪中，利用职务上的便利是以行为人具备国家工作人员的身份为前提的，如果没有这一身份，就不存在利用职务上的便利的问题，也就不可能实施贪污或者受贿的实行行为。“那种认为非国家工作人员把贿赂收受下来，就是实施了受贿罪的实行行为，因而与国家工作人员一起构成受贿罪的共同实行犯的观点，只是看到了非国家工作人员的行为与国家工作人员的行为之间的形式上的一致性，而没有看到两者之间的本质上的差别性。”[①]

另一种意见认为，通过无身份之人与有身份之人之间的意思联络和行为协同，与特定身份密切联系的职务便利，完全可以为无身份之人所利用。这也正是

---

① 参见陈兴良：《共同犯罪论》，中国社会科学出版社1992年版，第357页。

无身份之人得以与有身份之人成立真正身份犯之共同犯罪的根本原因所在。[①]

笔者同意第二种意见，认为受贿罪是复行为犯，即在一个独立的基本犯罪构成中，包含数个不独立构成罪的实行行为的犯罪。其构成行为是由“收受他人财物”的原因行为和“利用职务便利为他人谋利”的结果行为两个实行行为构成的，但对每个实行行为本身而言它们具有相对的独立性。其中的结果行为由于有特殊身份的要求，只可由国家工作人员本人实施，但原因行为则无特殊身份要求，既可由国家工作人员本人实施，也可由不具有国家工作人员身份的情人实施。因此，国家工作人员和其情人此时都是受贿罪的实行犯。受贿罪的实行行为是利用职务便利，索取或者收受贿赂，为他人谋利益。虽然情人不能实施利用职务便利的行为，但她可以索取或者收受贿赂，即实施部分实行行为。因此，情人可以和国家工作人员构成受贿罪的共同实行犯。

（2）情人与国家工作人员共同受贿的分类及行为定性。根据上述理论阐述，笔者认为国家工作人员与其情人可以构成受贿罪的共犯，但是这种共犯的构成是有一定条件的，必须具体分析，不能简单地肯定或否定。①国家工作人员收受了贿赂，情人明知且与其共享。国家工作人员收受了贿赂，事后或事前告知了其情人，并用于情人的生活开销中，在这种情况下，情人在主观上虽有明知但并没有与国家工作人员形成共谋，缺乏共同的犯罪故意。在客观上，虽然有共享的行为，但没有参与国家工作人员的受贿犯罪活动，未实施共同犯罪行为。因而，情人的犯罪行为至多是知情不举，在我国刑法中除了特殊情况外（如拒绝提供间谍犯罪证据罪），并没有针对一般知情不举行为的刑事责任条款。因此，认为情人对国家工作人员收受贿赂知情不举就与国家工作人员构成受贿罪共犯的观点，不符合刑法共同犯罪的理论。在这种情况下，只有国家工作人员本人构成单独的受贿犯罪，其情人不构成受贿罪。②国家工作人员与其情人共谋实施受贿犯罪，由情人出面联系行贿人并收受财物，由国家工作人员利用职务便利为行贿人谋取利益。在这种情况下，国家工作人员和其情人共同构成受贿犯罪的实行犯。成克杰与李平的行为即属于这种类型。③情人用各种方法为国家工作人员收受贿赂创造必要条件。例如，其与国家工作人员共同商议收受贿赂，传递有关请托事项的信息，沟通关系并收受财物，帮助国家工作人员向行贿人索取贿赂等，这种情况下，情人构成共同受贿犯罪的帮助犯。如果情人鼓励、要求国家工作人员为相关请托人谋取利益，情人构成共同受贿犯罪的教唆犯。④对情人保存、转移、隐藏贿赂款物行为的性质，应根据不同情况予以认定。《刑法》第 310 条第 2 款规定：

---

① 参见肖中华：《真正身份犯之共犯问题探讨》，载《云南大学学报（法学版）》2003 年第 1 期。

犯窝藏罪、包庇罪事前通谋的，以共同犯罪论处。对于事前通谋，事后情人为受贿犯罪人提供隐藏场所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，可以认定为受贿罪的帮助犯。对于事前没有通谋的情况如何处理？刑法第 310 条规定的窝藏、转移、收购、销售赃物罪中，“没有事前通谋以共同犯罪论处”。但对于受贿罪，根据立法精神，不能参照第 310 条第 2 款的规定，作扩张解释。笔者认为，应当以情人是否参与受贿犯罪作为判断标准，对于参与受贿犯罪，实施受贿罪的教唆、帮助行为的，在受贿犯罪实现后，保存、转移、隐藏贿赂款物的，应当认定为受贿罪的实行犯；对于没有参与受贿犯罪，实施受贿的非实行行为，事后窝藏、转移受贿款物的，即使是事先通谋，也只能认定为窝藏罪。

### （三）“家庭型”共同受贿犯罪概要

成克杰和李平是情人关系，但是他们之间又以结婚为目的而共同敛财，这也正是本案的一个特点。当然，成克杰与李平共同受贿属于情人型共同受贿，这没有任何疑义。问题在于，如果成克杰与李平为夫妻关系或者其他亲属关系，那么他们可否构成共同犯罪？家庭型共同犯罪有哪些特征？对这类犯罪如何处理？对这些问题的研究在当前家庭型受贿犯罪日益凸显的今天具有很大的现实意义。①

1. “家庭型”共同受贿的概念

家庭型共同受贿犯罪是指国家工作人员的家属索取或者收受他人财物，国家工作人员利用职务上的便利，为他人谋取利益的行为。② 家庭成员一般指直系亲属，包括配偶、父母、子女，他们与国家工作人员之间具有特殊的关系，而这种特殊关系决定了双方在日常活动中联系密切，具有建立在共同财产关系上的共同利益，容易在受贿犯罪中形成共谋并实施共同犯罪。

2. “家庭型”共同受贿的特征③

（1）家庭型共同受贿的犯罪人之间的关系具有下列特征：①先在性：犯罪嫌疑人之间，在共同受贿犯罪之前，已经存在一种特定的社会关系，这些关系已经存在几年甚至几十年。一般的共同犯罪，犯罪嫌疑人以犯罪为目的，临时组织起他们之间的特殊关系，即使犯罪集团成员之间的关系，也是在犯罪过程中形成的。②融洽性：犯罪嫌疑人之间，一般以血缘和姻缘为联结纽带，其凝聚力和向

---

① 家庭型共同受贿的案件可以参考原湖南省政府副秘书长伙同妻女受贿案、云南省委原副书记、省长李嘉廷先后 30 次伙同其子李勃或单独受贿案。

② 参见张婧：《国家工作人员与家属共同受贿犯罪浅析》，载《陕西青年管理干部学院学报》2000 年第 2 期。

③ 参见李伟迪：《国家工作人员与亲属共同受贿犯罪的理论与实务》，中国方正出版社 2003 年版，第 76、77 页。

心力特别强。③关联性：这种关联性表现为感情的关联性、行为的关联性、生活的关联性、利益的关联性和价值的关联性，决定了人们在行为处事中，会把相关的犯罪嫌疑人看作是一个利益整体。④稳定性：犯罪嫌疑人之间的关系是满足物质生活和精神生活的重要依据和源泉，经历了形形色色的考验，有较稳定的基础，犯罪嫌疑人之间的关系不因犯罪的完成而结束，也不因外力的冲击而轻易解体。⑤利益性：亲属关系也是一种利益关系，一个家庭中的亲属关系，基本上是一个利益共同体，收入共有、财产共享、支出共担，这是社会关系中最强有力的制约力量。

（2）家庭型共同受贿的犯罪人之间在主观方面具有下列特征：①国家工作人员的家属对以下事项是明知的：请托人给其这笔财物的目的是为了利用国家工作人员的职权；其接受该财物，可能促成国家工作人员利用职务之便为请托人谋取利益；如果国家工作人员没有拥有请托人所需要的国家职权，请托人不会给其送交财物；作为权钱交易，其占有这笔财物是由自己和国家工作人员共同完成的；国家工作人员的家属形成了利用国家工作人员职权的决意，并确实知道收受的财物为贿赂；最重要的是，家属形成了占有贿赂的决意。②国家工作人员对利用自己职务之便是明知的并具有利用职务之便的决意；国家工作人员认识到收受的财物为贿赂并对其家属收受贿赂的行为是明知的；国家工作人员也具占有贿赂的决意。

3. 家庭型共同受贿犯罪的处理

如前文所述，非国家工作人员能够和国家工作人员一起构成受贿犯罪并成为共同受贿犯罪的实行犯，国家工作人员的家属也不例外。但是，因为实践中家属参与受贿犯罪的情况不一，我们不能笼统地认定家属是否构成受贿罪，是否为实行犯。下面，笔者将对家属参与受贿犯罪的情形逐一分析并对其行为定性：

（1）国家工作人员收受了贿赂，家属明知且与其共享。这种情形与情人型共同受贿的第一种情况一样，家属不构成受贿犯罪。

（2）家属代国家工作人员收受贿赂。行贿人为了感谢国家工作人员为其谋取利益，到家中送钱送物，但国家工作人员不在，家庭成员就收下财物，事后告知了国家工作人员。在这种情况下，笔者认为，家庭成员接受财物后，如果仅将收受的财物和请托事项转告国家工作人员，没有其他的行为的，国家工作人员单独构成受贿犯罪，其家庭成员不能构成受贿罪的共犯。因为，家庭成员不同于其他的非国家工作人员，其与国家工作人员的关系非常密切，他们相互间的帮助是非常容易发生的，只要积极参加受贿活动、相互勾结的情节不是非常严重，就没有

必要在惩处国家工作人员时连同其家庭成员一并处罚。但是，如果家庭成员在接受财物后，积极劝说、鼓动甚至出谋划策让国家工作人员去为行贿人谋取利益，则构成受贿罪的共犯。

（3）国家工作人员利用职务之便为他人谋取了利益，但本人不知道其家属为此收受了他人财物。这种情况在目前司法实践中时有所见，国家工作人员利用职务之便为他人谋取了利益，其家庭成员也确实收受了他人财物，但没有证据证明他们之间有共谋，笔者认为，本着“罪疑惑惟轻”的原则，也按无罪处理。因为受贿罪之构成，必须有非法收受他人财物的故意和行为，如果本人不知道其家庭成员收受了他人财物，是不能构成受贿的，更谈不上共同受贿。

（4）家属保存、转移、隐藏贿赂款物的性质和情人保存、转移、隐藏贿赂款物的性质相同，此不赘述。

（5）对家属将行贿人引见给国家工作人员，并积极要求或鼓励国家工作人员实施受贿行为的性质应当根据不同的情况予以认定。对于引见行为引起或促进国家工作人员受贿犯罪故意的，应当认定为教唆犯；对于国家工作人员受贿犯罪意图已经明确，引见行为促进受贿实行行为的实施的应当认定为帮助犯。有的学者认为，这种行为属于介绍贿赂，情节严重的，可以介绍贿赂罪论处。笔者认为，国家工作人员与其亲属具有密切的关系，属于利益共同体，亲属引见行为并非简单的第三人介绍，收受贿赂关系到家庭的切身利益，引见行为往往决定贿赂行为能否实现，不应认定为介绍贿赂罪。

（6）家属利用各种方法为国家人员收受贿赂创作条件时，家属构成共同受贿犯罪的帮助犯。

（7）家属利用国家工作人员的身份收受或者索取财物。国家工作人员的家属在国家工作人员不知情的情况下，利用国家工作人员的身份收受或者索取财物的应如何定性？笔者认为应分以下两种情况处理：①如果家属收受财物后并未告诉国家工作人员，也未利用国家工作人员的职务上的便利为请托人谋取利益的，家属构成诈骗罪。②家属收受财物后并未告诉国家工作人员，但其利用与国家工作人员的特殊关系为请托人谋取了利益，不构成犯罪。例如，被告人李某为某市饭店保卫干事，其父亲原在该市建设银行任行长。1985 年 1 月至 3 月，李某受他人的请托，先后五次通过该建设银行贷款科副科长，分别为该市五个单位从该银行贷款 5 笔，共计 46 万元。这些贷款均符合银行的放贷要求，且贷款单位也都按照规定归还了贷款。李某为上述单位贷款后，先后索取和收受各贷款单位的好处费共计人民币 2.1 万元，除分给他人 3 100 元外，自己实得 1.79 万元。这种情况下，李某利用的主要是血缘或感情上的联系，与本人的职务毫无关系，因此不能

构成受贿罪。其父当然也不构成任何犯罪，更无所谓共同受贿犯罪。[1]

### （四）成克杰与李平是否构成共同受贿犯罪

从事实层面上看，此案有一个特点，即成克杰与李平曾共同商议，为结婚共同准备钱财。利用成克杰的职权，为他人谋利，收受赃物，就是他们为结婚准备物质条件的措施，所以，不仅仅是李平收钱、占有，而是二人共同实施受贿行为。成克杰与李平从最初的相识到情人关系有十几年的时间，如果不是因为成克杰当年离婚受到很大阻力没有成功，那么他们应该早已结婚。他们第一次实施共同受贿犯罪前已经打算结婚，正如李平所言，"因为我们是打算结婚的，如果不存在这个结婚的前提，那么成克杰可能不会帮我赚这笔钱。"[2] 很多行贿人都意识到李平与成克杰的关系不同寻常，要获得成克杰的"帮助"，必须通过李平。李平也的确"不负众望"，通过成克杰为请托人办妥了一个又一个请托事项。基于上述理由，笔者认为分析成克杰与李平共同受贿行为时可以适用上述有关情人型共同受贿的理论。

本案的二审过程中，成克杰的辩护人曾提出：让成克杰对李平单独收受、占有财物的行为承担共同受贿的刑事责任缺乏法律依据。笔者认为该辩护意见是不能成立的。李平参与了银兴公司承接江南停车购物城工程、广西民族宫工程、广西桂信实业开发公司贷款事项、库区排涝拉平隧洞工程及甘维仁职务调动等事项。在这些活动中，由李平出面与请托人联系请托事项并收取贿赂，由成克杰利用职务上的便利，为请托人在承接工程、解决资金、职务晋升等事项上谋取利益。通过这些事实，我们可以看出在成克杰受贿案中，李平扮演了极为重要的角色，她和成克杰是有计划地、有目的地赚钱敛财，一个充当钱耙子，一个充当钱袋子，二人疯狂地上演了一幕幕权钱交易的二人转。成克杰与李平共同受贿的主观方面应属于前文所述"预谋型"共同犯罪，因此，在实施受贿犯罪前，成克杰与李平已经形成了明确的共同犯罪故意，并且对于受贿行为的内容是明知的。在这种类型的共同受贿犯罪中，李平是否曾明确告知成克杰实际收受贿赂的数额等具体情况不影响成克杰共同受贿犯罪的故意。从成克杰与李平共同受贿的客观方面看，绝大部分情况下是先由李平物色"财神"，在行贿人许诺利益后，李平将情况告知成克杰，然后由成克杰利用职务便利为请托人谋取利益并与李平共同收

---

① 参见陈兴良、曲新久、顾永中：《刑法案例教程》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 534—538 页。

② 参见《长篇访谈：成克杰李平的堕落轨迹》，载新浪网 http：//news. sina. com. cn/special/chengkj/index. shtml。

受贿赂。这种行为属于典型的共同受贿犯罪行为而非李平单独收受贿赂的行为。否则，只李平一个人也不能构成受贿罪。成克杰、李平共同受贿的款物由李平保管，其中大部分款物由李平经手收受，这是二人共同受贿犯罪的分工，这种情况并不能影响对成克杰受贿犯罪的认定。当然，李平作为受贿犯罪的参与者，构成了共同受贿行为的实行犯，同样构成了受贿罪。

## 七、受贿罪的量刑适用

成克杰身为国家工作人员，利用其职务便利，伙同李平或单独接受他人请托，非法收受财物，其行为已构成了受贿罪。法庭认为，成克杰的受贿数额特别巨大，作为国家高级领导干部，其所犯罪行严重破坏了国家机关正常的工作秩序，严重侵害了国家工作人员职务的廉洁性，败坏了国家工作人员的声誉，犯罪情节特别严重，依法应予严惩。最终，法庭判处成克杰死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

对于此案的判决，笔者无意发表另类看法，正如有文章评论说，对成克杰的死刑判决“充分体现了依法治国，在法律面前人人平等的原则”和“法律的尊严”[①]，“充分表现了中共坚决惩治腐败的决心和勇气”，“它说明我国社会主义法治建设取得了很大的成就，是我国法治建设成熟的标志。”[②] 在此，笔者想藉此案从刑罚的角度，讨论一下对受贿类案件的刑罚惩治问题。

### （一）受贿罪的量刑情节概述

受贿罪的量刑情节，是指存在于受贿罪中，对犯罪人是否处刑以及处刑轻重必须予以考虑的情节。为了准确把握受贿罪的量刑情节，可以从以下几个方面加以考量：

1. 受贿罪量刑情节的概念

量刑情节是指定罪事实以外的，与犯罪人或其侵害行为密切相关的表明行为社会危害性程度和行为人人身危险性程度，并进而决定是否适用刑罚、刑罚的轻重或免除处罚的各种具体事实情况。[③] 其功能是在定罪的前提下，并在相应法定刑的范围内或基础上，决定从宽、从严处罚或免除处罚，其内容除犯罪事实外，还包括罪前表现及罪后态度。由此，笔者认为受贿罪的量刑情节是指存在于受贿

---

① 《广西干部群众拥护法院对成克杰一审判决》，载新浪网 http：//news. sina. com. cn/special/chengkj/index. shtml

② 《成克杰被处死刑，群众拍手称快》，载新浪网 http：//news. sina. com. cn/special/chengkj/index. shtml

③ 参见陈兴良：《当代中国刑法新视界》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 813 页。

罪之中的，对犯罪人是否处刑以及处刑轻重必须考虑的情节。受贿罪的量刑情节具有如下特征：①该情节直接影响着对犯罪人处刑的轻重；②受贿罪的量刑情节反映着受贿行为的社会危害程度和犯罪人的人身危险性大小。

2. 受贿罪的量刑情节分类

根据不同的标准，对受贿罪的量刑情节可以区分为多种类别。

（1）受贿罪的法定量刑情节与酌定量刑情节。这是以刑罚适用的情节是否具有法律规定为标准而划分的。[①] 受贿罪的法定量刑情节，是指刑法明文规定对受贿犯罪分子量刑时必须考虑的各种事实情况。它包括刑法总则规定的一般性的量刑情节和分则规定的对受贿犯罪适用的量刑情节。这种法定量刑情节具体指应当或者可以从轻、减轻、免除刑罚的情节和从重、加重处罚的情节。例如，受贿罪未遂犯比照该罪既遂犯从轻或者减轻处罚等一般表现为总则性的规定。但是，应当看到现行《刑法》第 383 条以极少见的形式，在分则性条文中作了法定情节的规定，其第（三）项规定："个人贪污数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免予刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。"这是对受贿罪所规定的法定特别从轻、减轻和免除刑事处罚情节。

酌定量刑情节，是指法律没有作明确而具体的规定的量刑情节。[②] 根据我国的司法实践，笔者认为受贿犯罪的酌定量刑情节应主要根据受贿案件的具体情况，从犯罪的动机、手段、收受贿赂的情况以及犯罪后的态度等方面加以判断。对受贿罪的酌定量刑情节，虽然法律没有具体规定，但是由于这些情节从不同侧面反映着受贿罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性，因而法官在处罚犯罪人时，也应予考虑，以切实做到罪刑相适应。

（2）受贿罪的从宽量刑情节与从严量刑情节。这是以量刑情节在决定对受贿罪犯罪分子是否判处刑罚以及所处刑罚的轻重所起的作用为标准进行划分的。受贿罪的从宽量刑情节，是指在对受贿罪量刑时，作为考虑对行为人从轻、减轻或者免除刑事处罚的情节。从我国现行刑法典以及有关单行法规来看，从轻、减轻以及免除刑事处罚的规定共有数十项。其中，许多从轻、减、免的情节都可能发生在受贿罪之中，如从犯、预备犯、未遂犯、中止犯、自首犯、有悔改表现等。另外，在酌定量刑情节中，还有行为人的一贯表现好、初犯等情节。

---

① 参见高铭暄、赵秉志主编：《新编中国刑法学》（上册），中国人民大学出版社 1998 年版，第 362 页。

② 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 333 页。

受贿罪的从严量刑情节，是指对受贿罪处罚时考虑对犯罪人从重处罚的情节。根据我国刑法总则的规定，受贿罪的从严处罚情节共有十几种情形，一般经常出现的受贿罪的从重处罚情节包括累犯、共同受贿罪的主犯、教唆犯等。另外在酌定量刑情节中，还有一些酌定从严情节，如受贿多次或为掩盖受贿犯罪而销毁证据或栽赃陷害他人，受贿犯罪被发现后，拒不交代罪行以及拒不退赃的，等等。

（3）受贿罪的应当型量刑情节和可以型量刑情节。这是以量刑时是否必须考虑为标准对受贿罪量刑情节划分的种类。受贿罪的应当型量刑情节，是指对受贿犯罪分子量刑时必须考虑的从宽或者从严处罚的情节。受贿罪的可以型量刑情节，是指对受贿犯罪分子量刑时可以考虑也可以不考虑的从宽或者从严处罚情节。

除上述几种分类外，根据受贿犯罪行为在时间上与犯罪情节的关系为标准，可以将受贿罪的量刑情节分为罪中情节、罪前情节和罪后情节；根据受贿罪量刑情节与该罪的社会危害性、犯罪人人身危险性的关系为标准可以将受贿罪的量刑情节分为体现犯罪社会危害性的情节和体现犯罪人人身危险性的情节。

3. 如何理解“情节特别严重”、“情节较重”、“情节较轻”

根据《刑法》第 386 条的规定，犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照贪污罪的规定处罚，即：

（1）个人受贿数额在 10 万元以上的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。

（2）个人受贿数额在 5 万元以上不满 10 万元的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

（3）个人受贿数额在 5 000 元以上不满 5 万元的，处 1 年以上 7 年以下有期徒刑；情节严重的，处 7 年以上 10 年以下有期徒刑。个人受贿数额在 5 000 元以上不满 1 万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免予刑事处罚，由所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

（4）个人受贿数额不满 5 000 元，情节较重，处 2 年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处罚。

那么，如何理解上述法条中所谓“情节特别严重”、“情节严重”、“情节较轻”？在这一问题上，笔者同意相关学者对上述概念的界定，即：情节特别严重，主要指：①受贿数额在 100 万元以上；②受贿后为他人谋取巨大的非法利益；③受贿后为他人谋取非法利益时致使国家、社会、他人蒙受巨大经济损失的；

④由于受贿后为他人谋利益而导致重大人身伤亡事故或者特别巨大财产损失的；⑤在战争、灾难发生期间受贿的；⑥由于受贿导致公众强烈不满、民愤极大的；⑦由于受贿导致冤假错案、错判错杀的；⑧索取巨额贿赂或者多次索贿，利用职权变相逼取贿赂的。[①]

根据过去的司法解释和有关司法机关的意见，情节严重应包括如下几种情况：①索取贿赂，手段恶劣；②行为人既贪赃又枉法；③受贿行为给国家造成严重损失；④受贿后订立攻守同盟、销毁罪证、拒不坦白退赃；⑤向外商索贿造成恶劣政治影响等；⑥因为受贿使国家、社会或者群众的利益遭受重大损失的；⑦故意刁难逼取贿赂或者强行索贿的；⑧因为受贿使国家机关、国家工作人员的形象受到严重损害、使人民群众对党和政府不信任，甚至造成社会不安定因素的；等等。上述情节既包括行为方式，也包括行为所造成的后果。[②]

情节较轻，一般是指：为他人谋利后没有违反有关规定；行为没有给国家和集体造成重大损失；案发后坦白交代，或者有自首、立功表现的；等等。[③]

**（二）对受贿犯罪分子量刑应注意的问题**

刑法分则的条款对受贿罪的处罚标准规定得相当清楚，但是，对于贪污犯罪分子与受贿犯罪分子的量刑不能单纯从犯罪所得数额上比较而确定刑罚。近年来，存在一些受贿数额特别巨大，犯罪情节亦特别严重，因为已被追缴全部赃款而判处较轻刑罚的情况，这与刑法规定的受贿罪没有独立的刑罚条款不无关系。[④] 笔者认为对于受贿罪的量刑，特别是对死刑的掌握，应根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，全面衡量来决定刑罚，主要应注意以下几个方面的问题：

1. 受贿数额的大小

受贿数额是体现犯罪情节的一个重要方面。刑法分则对受贿罪在数额方面作了不同的起刑规定。受贿罪的数额既是区别罪与非罪的量化标准，也是处罚轻重的量化标准。数额的大小，是衡量受贿行为社会危害程度的主要标志，而社会危害性的大小又是适用刑罚的基础，故数额就成为选择适用刑罚的依据。受贿数额大，反映行为人主观恶性深，社会危害大，量刑时就应判处较重刑罚。受贿数额小，一般情况下反映行为人主观恶性及社会危害较小，量刑时应判处较轻刑罚。

---

① 参见刘生荣、胡云腾：《论受贿罪的定罪与量刑》，载《中国法学》1999 年第 1 期。

② 参见刘生荣、胡云腾：《论受贿罪的定罪与量刑》，载《中国法学》1999 年第 1 期。

③ 参见高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社 2002 年版，第 847、848 页。

④ 参见中华人民共和国最高人民法院刑事审判庭第一庭、第二庭主编：《刑事审判参考》（合订本）第 1 卷，法律出版社 2001 年版，第 189 页。

刑法规定：受贿5万元不满10万元的，处5年以上有期徒刑；受贿10万元以上的应当判处10年以上有期徒刑、无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。此规定反映了受贿数额与刑罚之间的关系。被告人成克杰单独或伙同李平收受贿赂款物41 090 373元，如果不具有其他情节，显然应当在10年有期徒刑以上这一法定刑幅度内予以惩处。

2. 受贿情节的轻重[①]

受贿数额的大小是受贿情节的重要组成部分，但并不是全部量刑情节。被告人在受贿中的具体表现，有无索贿以及其他一些相关的情节，也是表现之一。被告人成克杰自身没有主动向相关当事人索要钱物，但从其受贿的细节看，其情节是比较恶劣的。成克杰放任、默许其情妇在外活动，代收贿赂或者寻找经济“资源”，自己为请托人谋取利益。成克杰利用职权干涉江南停车购物工程、广西民族宫工程、桂信实业开发公司贷款事项、库区排涝拉平隧洞工程、甘维仁、李一洪、周贻胜工作升迁事宜，其多次违反国家规定收受贿赂。从这些情况可以看出，被告人成克杰受贿的情节恶劣。

3. 给国家造成的损失

给国家造成损失的大小，是受贿情节的一个重要方面，因此，也是决定刑罚的一个重要的因素。被告人成克杰为了积累钱财结婚，置国家和相关单位利益于不顾，犯罪情节特别严重。例如，为获取“好处费”，他指示广西省南宁市政府将工程用地低价出让给银兴公司，仅此一项，国家损失了3 000多万元。成克杰指示中国建设银行广西分行先后六次给银兴公司贷款7 000多万元，这些钱绝大部分至今没有归还，并已经成了建设银行广西分行的一个不良资产，一个很难收回的项目。广西民族宫项目中，成克杰违规拆借专款专用房改基金2 500万元，案发后仍未归还。从以上情况看，成克杰为了个人的私利，利用职权为他人谋取私利而使国家利益遭受重大损失，对这样的犯罪行为，应是我们打击的重点。因此，对其适用刑罚时，必须援引《刑法》第383条第1款第（一）项中“情节特别严重的，处死刑，并处没收财产”的规定予以处罚。

4. 是否具有法定的从轻、从重处罚的情节

罪犯是否主犯，认罪态度如何，有无自首、立功表现，也是量刑要掌握的重要方面。从该案情况看，成克杰利用手中的权力，大肆收受对方的财物，为他人谋取利益。在成克杰与李平的共同受贿犯罪中，成克杰应对其参与的全部犯罪行为及全部受贿数额、因受贿造成的全部危害后果负责。成克杰归案后虽有退赃表

① 关于何谓情节特别严重、情节严重，上文已经具体论述，此不赘述。

示，但全部赃款是在李平积极配合下被退还的，成克杰的退赃表示未起到任何作用。因此成克杰没有法定从轻处罚情节。

据以上分析，最高人民法院裁定，核准北京市高级人民法院以受贿罪判处被告人成克杰死刑，剥夺政治权利终身，并处没收全部个人财产的刑事判决，是完全正确的。

### （三）退赃行为的认定与处理

1. 退赃行为的性质

在审判实践中，退赃作为受贿案件的一个重要情节已经越来越受到重视。很多受贿数额巨大的受贿案件，被告人之所以保住性命，就是因为已经全部退赃，没有给国家造成重大损失。因此，正确认定和处理退赃情节，对准确、有力打击贪污、受贿犯罪有着十分重要的意义。

退赃行为是被告人在作案后的一定期限内退还赃款的积极作为。退赃行为属于悔罪表现，是附条件的从宽处罚情节。[①] 有关退赃的规定曾出现在全国人大常委会颁布的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，该规定第 2 条第 3 项指出，个人贪污数额在 2 000 元以上不满 5 000 元，犯罪后自首、立功或有悔罪表现，积极退赃的，可以减轻处罚或者免予刑事处罚。此后，最高人民法院、最高人民检察院在《关于贪污、受贿、投机等犯罪分子必须在限期内自首坦白的通告》第 2 条中规定，凡投案自首，积极退赃的，或者有检举立功表现的，一律从宽处理；被采取强制措施后坦白全部罪行，积极退赃，或者有检举立功表现的，酌情予以从宽处理。1997 年《刑法》第 383 条第 3 款规定，个人贪污数额在 5 千元以上不满 1 万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免予刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。由上述规定可以看出，退赃行为是从宽情节，这是退赃行为区别于其他犯罪情节的本质属性。

那么，退赃行为是法定量刑情节还是酌定量刑情节？法定量刑情节是指刑法明文规定的、量刑时必须要考虑的、决定量刑轻重或者免除处罚的各种事实情况。酌定量刑情节是指刑法没有明文规定的、由人民法院从审判经验中总结出来的、审判人员在量刑是应酌情考虑的各种事实情况。[②] 可见，法定量刑情节和酌定量刑情节的区别就在于是否有法律的明确规定。由此，笔者认为，如果受贿人收受的数额在 5 000—10 000元之间，案发后行为人积极退赃，那么，该退赃行

① 参见吴纲要：《贪污、受贿案件中退赃情节的认定和处理》，载《人民司法》1996 年第 9 期。

② 参见陈兴良：《刑法适用总论》（下册），法律出版社 1999 年版，第 300、304 页。

为属于法定量刑情节[①]；除此之外的退赃属于酌定量刑情节。

2. 退赃的特征

退赃行为是客观存在的法律事实，是从宽处理的依据。实践中，有的司法工作人员对退赃行为无条件地予以从宽处理，这是错误的。笔者认为对退赃行为从宽处理必须具备四个条件。

（1）被告人积极退还赃款赃物，即：①必须是由被告人本人退还赃款赃物。如果是在被告人本人并不知晓的情况下，其他人为被告人退赃的，不能认定为被告人有悔罪表现，从宽处理就成为无本之木。当然，在认定被告人本人退赃时，不能片面要求被告人亲手退缴。根据最高人民法院《关于被告人亲属主动为被告人退缴赃款应如何处理的批复》，被告人的亲属应被告人的请求，或者主动提出并征得被告人的同意，自愿代被告人退赔部分或者全部违法所得的，法院也可以考虑其具体情况，收下其亲属自愿代被告人退赔的款项，并视为被告人主动退赔的款项。②出于被告人的自愿。受威胁、诱使或者被责令退缴赃款赃物的，也不能从宽处理。对被告人或者其亲属以免予起诉、不起诉、免除刑事处罚、免予死刑等为交换条件退缴赃款赃物的，司法机关可以接收，但处理时不能从宽。③主动退缴。在司法机关已经掌握赃款赃物或者追赃过程中，被告人或者其亲属迫于无奈退赃的，原则上不能从宽处理。[②]

（2）退赃行为必须在一定期限内实施。退赃的时间，反映出犯罪人悔罪的时间，直接影响案件的侦查、起诉和审判，对退赃给予一定的期限限制十分必要。那么，如何确定有效期限？笔者认为，一方面应有利于被告人尽可能退赃，另一方面应有利于案件的及时处理。被告人作案后直至案件审理终结前，应视为退赃有效期。对被告人在服刑期间退赃的，虽然不在有效期限内，但可根据《刑法》第 71 条的规定，视为“确有悔改表现”，由所在劳改单位申报减刑。

（3）退出赃款赃物的数量。退赃必须达到一定的数量，才能从宽处理。由于具体案件中受贿的数额不同，对退赃的数量要求不宜量化，应视具体情况区别对待。笔者认为，一般情况下，被告人退还了绝大部分或者全部赃款赃物的，可以从宽处理。相反，有能力退赃而拒不退赃或拒不全部退赃，或者因犯罪数额大，虽有退赃行为，但退赃数额较小，给国家或者集体造成重大损失的，也不能从宽处理。

---

① 《刑法》第 383 条第 3 款规定：“个人贪污数额在五千元以上不满五万元的，处一年以上七年以下有期徒刑；情节严重的，处十年以下有期徒刑。个人贪污数额在五千元以上不满一万元，犯罪后有悔改表现，积极退赃的，可以减轻处罚或者免予处罚，由所在单位或者上级主管机关给予行政处分。”

② 参见吴纲要：《贪污、受贿案件中退赃情节的认定和处理》，载《人民司法》1996 年第 9 期。

（4）被告人坦白全部罪行或者具有其他悔改表现。这是决定对退赃行为是否从宽处理的又一重要条件。被告人虽然能够积极退赃，但在侦查、起诉、审判阶段隐瞒重要犯罪事实或者部分犯罪事实，或者避重就轻的，说明被告人缺乏悔罪和接受处理的诚意，不宜从宽处理。因此，对某一具体退赃行为从宽处理，除要求有前述三个方面的条件外，还要求被告人坦白全部罪行或者有悔改表现，主要表现为投案自首、立功或者有悔改表现，有的被告人虽然未能主动投案或立功，但被采取强制措施后，仍能坦白全部罪行，并积极退赃，也可以比照有自首、立功事实的情形，酌情予以从宽处理。

3. 退赃情节的从宽适用

退赃属于附条件的量刑情节（当犯罪数额不在 5 000—10 000 之内时），那么在司法操作中如何掌握退赃从宽的适用范围？笔者认为，我们既不能对有退赃情节且符合从宽条件的案件和犯罪，一律从宽处理；也不能将从宽是否适用建立在犯罪人受贿款物的数额基础上。一般情况下，凡有退赃行为，且符合从宽条件的案件和犯罪人，都可以从宽处理，但是否从宽处理，应结合案件具体情况，分别予以认定。对作案时间长，主观恶性深或者危害后果严重，国家、集体损失惨重或者造成恶劣政治影响的，虽符合从宽条件，但其退赃行为尚不足抵偿罪行的，不宜从宽处理。对论罪该处死刑的犯罪分子在决定从宽时，应严格掌握，除非有投案自首、全部退赃、重大立功等从宽情节，一般不能免予死刑。在共同犯罪中，主犯虽退缴其全部非法所得，但共犯未退赃或退缴少部分，全案赃款大部分未退缴的，对主犯不宜从宽处理。

在成克杰受贿案中，辩护人曾提出，成克杰写信给李平，积极配合有关部门追回涉案全部财物，应对其从宽适用处罚。但是，成克杰所做出的仅仅是退赃表示，事实上赃款得以追缴是由于李平的配合，因此成克杰的退赃表示对赃款的追缴没有起到任何实质性的作用，并不能挽回其受贿行为给国家造成的巨大损失。因此，成克杰不具有退赃行为，也谈不上因退赃而减轻处罚。

## 八、成克杰受贿案之反思

成克杰受贿案是新中国成立以来高级干部中数额最大的受贿案件，也是新中国成立以来职务最高的领导干部因受贿犯罪被处以极刑的案件。对该案的审结显示了中国政府反腐的决心。然而，大规模的反腐和严厉的死刑制裁并不能有效地预防和遏止受贿犯罪。有记录显示，“1997 年 10 月至 2002 年 9 月的 5 年间，有 98 名省部级官员受到党纪政纪处分，其中，陈希同、李纪周、慕绥新、许运鸿、刘知炳等数十名省部级大虫更是沦为阶下囚。2003 年潘广田、丛福奎、李嘉廷

等 3 名省部级大虫被公审后获判重刑。”[①] 而成克杰、胡长清等更是为自己的行为付出了生命的代价。为什么会出现这种矛盾的现象——一方面是刑罚高压，一方面是贿赂高发？当然，这其中的原因十分复杂，从法治的角度来看，刑事法网本身存在漏洞，这是一个重要原因。[②] 下面笔者从受贿罪的刑罚设置和制度预防两方面阐述受贿罪的防治问题。

### （一）受贿罪刑罚设置的缺陷

笔者认为，我国现行刑法规定的受贿罪刑罚格局，由于缺乏罚金刑、资格刑的规定，显得厉而不严，同时其刑罚设置因对受贿罪的权力性、贪利性特点的忽视，而又缺乏针对性。具体来说，有以下弊端：

1. 以财物数额作为受贿罪定罪量刑的主要依据与受贿罪的特征不符

以财物数额作为量刑的标准是财产型犯罪量刑制度的设计方式，而受贿罪侵犯的客体是国家工作人员职务的廉洁性、职务行为的不可收买性。该罪行为人社会危害性的大小应该主要是其职务行为被扭曲的程度，如受贿 1 万元而违背职务的行为比受贿 5 万元但不违背职务的行为的社会危害性大。或许有人认为以数额为量刑标准在司法实践中便于操作，可以避免给予法官太大的自由裁量权。但正如有的学者所言，刑法对某罪名量刑制度的设计，首先应考虑的是与该罪侵犯的客体及社会危害性相适应，而不是首先考虑司法操作问题。否则，这种量刑制度的设计必然在实践中造成轻重失衡的现象。[③] 例如社会危害性大但数额较小的受贿行为不能受到刑罚处罚，而社会危害性较小但数额较大的受贿行为则受到过重的刑罚处罚，从而导致刑重而不严，无法遏制受贿罪的泛滥。

2. 财产刑设置上的不足

我国刑法对受贿罪虽然设置有财产刑，但存在以下不足：第一，财产刑包括罚金刑和没收财产，我国刑法对受贿罪的财产刑只规定没收财产，而且其作为最重的财产刑只能适用于受贿数额 5 万元以上处刑 5 年以上的犯罪，因此，造成该刑罚适用的对象十分有限，财产刑的独特功效无法得到真正发挥；第二，法律规定了“可以”和“应当”并处没收财产两种情况，可以并处没收财产就意味着也可以不并处，因此实际上法定的财产刑适用的对象只有受贿 10 万元以上且情节特别严重，应处死刑的及受贿 5 万元以上情节特别严重应处无期徒刑的罪犯，实际上受贿中的财产刑只对极少数罪犯才适用；第三，对财产刑的数额未加以规

---

① 《时评：17 天 3 个省部级获重刑，中国高层反腐加力》，载http：//www. chinsflaw. com。

② 参见陈兴良主编：《法治的界面》，法律出版社 2002 年版，第 123 页。

③ 参见王瑞林：《对贿赂犯罪几个问题的探析》，载《云南大学学报（法学版）》2003 年第 2 期。

定。《刑法》第59条规定："没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。"在没收部分财产的情况下，没收的数额与犯罪数额之间的比例却未加以详细规定，这样缺乏统一操作性的规定必然造成司法实践中的任意性，不利于刑罚的统一及准确打击受贿犯罪。

3. 资格刑适用的不足

任何刑罚，都体现了国家法律对一定的犯罪行为及其实施者的否定的政治评价。但其他刑罚侧重于对犯罪分子的生命、自由和财产的剥夺，政治上的否定评价主要是通过适用生命刑、自由刑和财产刑间接体现出来。而资格刑，其基本内容就是对犯罪分子的资格和权利的剥夺，它明白无误地反映了国家法律对一定的犯罪行为及其实施者的否定性政治评价。对犯罪分子适用资格刑，在客观上可以巩固对犯罪分子的改造效果，使之成为一个守法公民。另外，国家公职人员承担着按照人民的意愿对国家的政治、经济、文化等进行有效管理的任务，他们是人民的公仆，理应全心全意为人民服务。而受贿犯罪分子凭借本人的某种资格或者身份，出于个人私利的考虑而为请托人谋利。这种行为严重损害了国家机关、企事业单位和社会团体的威信。对于这样的犯罪分子，判处剥夺其选举权和被选举权，剥夺其担任国家机关、企事业单位和社会团体领导职务的权利，有助于维护国家工作人员队伍的纯洁性，对国家机关、企事业单位和社会团体领导机构的信誉具有保障作用。但是我国刑法仅仅规定对因受贿被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子被剥夺政治权利，对其他犯罪分子是否剥夺政治权利由法官自由裁量。实践中大量受贿数额数百万、影响恶劣的受贿犯罪分子却未被附加剥夺政治权利，这不能不说是立法的缺失，不能充分体现对犯罪分子的否定的政治评价。

**（二）受贿罪的刑罚完善**

刑罚本身就具有预防犯罪的以其他手段和方式不可替代的功能。刑罚具有威慑性，它通过对受刑者的刑罚使其他社会成员的可能的犯罪欲念和行为产生抑制，打消犯罪的动机，因为"威慑实质上是一种效果，而不是一种惩罚标准"，刑罚具有及时性，"只有使犯罪和刑罚衔接紧凑，才能指望相关联的刑罚概念使那些粗俗的头脑从诱惑他们的、有利可图的犯罪图景中立即猛醒过来"；刑罚具有正义性，对犯罪的处罚必须罪刑相当，"刑罚的轻重应当与犯罪的轻重相称"，如果犯罪行为已达到刑法规定的重刑标准而处以低于该标准的刑罚，就是罪刑失当，从而增加其他人逃避惩罚的侥幸心理，削弱对刑罚的畏惧感，刑罚的公正也就无从体现。[①] 刑罚的合理制定与正确适用相结合，才能使刑罚发挥其功能和作

① 参见王瑞林：《对贿赂犯罪几个问题的探析》，载《云南大学学报（法学版）》2003年第2期。

用，对贿赂犯罪的正确认定和处以与之相适应的刑罚才能在一定程度上抑制贿赂犯罪的泛滥。这是因为，如果贿赂犯罪被绳之以法所产生的后果小于其从贿赂犯罪中获得的好处，贿赂就会蔓延。基于此，笔者认为：

1. 受贿罪的法定刑中应当增设罚金刑

受贿罪是一种贪利性犯罪，仅仅依靠判处剥夺自由刑不足以抑制其继续贪财犯罪的欲望，只有对受贿人适用罚金刑，才能从经济上制裁受贿者，充分发挥罚金刑对受贿犯罪的抑制作用，既有利于其改造，又可以预防其再犯新罪。同时，我国现行刑法只对单位受贿判处罚金刑，而对自然人受贿未规定罚金刑的现状，与当代罚金刑普遍适用的世界趋势也不一致。因此，建议在受贿罪的各个档次的法定刑中增加罚金刑，并且规定罚金的数额标准，对罚金的数额采用受贿数额的倍数形式予以规定，并规定最低和最高限额。

2. 应当完善和加强资格刑的适用

资格刑是剥夺犯罪人行使一定权利的资格的刑罚，其主要目的是为了限制犯罪人的行为能力，如剥夺一定的权利、禁止担任一定的职务、禁止从事一定的职业、剥夺荣誉称号等。我国目前刑事法规中设定的剥夺政治权利也属于资格刑的范畴，但所适用的对象不是犯罪种类，而是罪行轻重。受贿罪是行为人利用职务上的便利，要求、收受或约定贿赂的行为，职务是行为人实施该犯罪行为的前提条件，如果法律对受贿罪规定了资格刑，就可以依法剥夺犯罪分子继续担任公职的资格，即不让犯罪分子再有利用职务便利收受或索取贿赂的条件与机会，行为人若丧失了公务员资格，也就丧失了进行权钱交易的资本，这对于惩治和减少受贿罪无疑具有十分重要的意义。

**（三）受贿罪的制度预防**

有权力就有腐败，要想彻底消除受贿犯罪，除非权力不存。我们不能期望受贿犯罪的零发生率，但可以通过相关制度预防、减少这种犯罪的发生。我们可以建立行政和法规机制、健全监督制约机制，防治受贿犯罪。

1. 确立国家工作人员财产申报制度

如果认为有了一项要求报告政府官员非法行为的法律，犯罪者就会自动坦白，那是不切实际的。尽管如此，如果有了法律和规章，规定公职人员应全面公布个人情况（在进入政府部门任职时即公布本人的全部资产、债务和社会关系）或定期提供简要情况（每年的全部收入或商业活动）或公布应予的事项（职务以外的收入、出售或购买超过一定数额的资产的单据），那是很有价值的反腐败手段。它有两个方面的作用：①它可以起到早期警报作用，据此可以看出一个公职人员的消费水平和生活方式是否与其薪金收入水平相符合，如不相符，即应要求

本人做出解释，或对其进行认真的审查。②当明知他有贪污舞弊行为，从而产生非法收入或资金，但拿不到确凿证据时，这也可以作为起诉的根据。[①]

2. 健全国家机构的人事政务管理制度

应该堵塞宜于滋生以权谋私的漏洞，加强政务公开制度和公务员考核制度。政务公开有利于增强公职人员履行职务行为的透明度，使群众了解职务行为的主要环节和必要程序；公务员考核制度不仅能促使国家工作人员努力恪尽职守，而且也能警策国家工作人员廉洁自律，有利于减少和预防腐败行为。[②]

3. 提高国家工作人员的待遇，以资养廉

贿赂现象的产生在很大程度上与社会财富分配不公平现象的普遍存在关系密切。因此，国家在确定国家工作人员的工资待遇时，应参考社会上其他行业人员的工资待遇，使公务员的收入与其他行业的从业人员的收入保持大体平衡。目前世界上大多数国家对确定公职人员的工资水平的社会平衡原则持肯定态度。

4. 加强对国家工作人员的监督

个人逃避监督，组织疏于监督，群众难以开展监督是目前比较普遍的现象，失去监督必然产生腐败。在成克杰案中，我们可以看出，由于权力监督约束机制的乏力，一些领导干部凭着手中的权力和职务便利，利用各种机会，披着履行职务的外衣，动辄谋取非法利益。应从党的监督、行政监督、群众监督、经济监督和社会舆论监督等方面加强对国家工作人员的监督。

## 九、结语

本文对成克杰受贿案所涉及的刑法理论问题进行了分析，并对受贿犯罪的若干共性问题进行了阐述。刑法学界已经对受贿罪进行了大量的研究，这方面的著作和论文颇多。但在某些问题上尚存在争议，这直接影响受贿罪的司法实践。本文中，作者对受贿罪的职务要件、情人型及家庭型共同受贿犯罪、受贿罪的刑罚适用及相关立法完善措施进行了阐述。认为受贿罪利用职务上的便利主要表现为利用本人的经办权和管理权，利用领导权和指挥权以及党政机关主要负责人利用其对下级或者居于下位的国家工作人员在政治上的领导权、监督权和制约权。成克杰受贿案中，成克杰利用的是本人职务上的便利条件，而非本人职权和地位形成的便利条件。非国家工作人员能够与国家工作人员一起构成共同受贿犯罪，国

---

① 参见赵秉志等编：《联合国反腐败公约暨相关重要文献资料》，中国人民公安大学出版社 2004 年版，第 112 页。

② 参见肖扬主编：《贿赂犯罪研究》，法律出版社 1994 年版，第 361 页。

家工作人员的情人或者亲属也能够成为受贿犯罪的实行犯。对受贿罪的量刑时应注意酌定量刑情节的适用，情节特别严重、情节较重、情节较轻有特定的内容，受贿数额的大小，受贿情节的轻重，给国家造成的损失等是量刑时必须予以考虑的因素。退赃行为可以成为减轻刑事责任的理由。另外，受贿罪的刑罚规定不尽合理，应当加强罚金刑、资格刑的应用，并进行相应的制度预防。

（撰稿人　刘云辉*）

* 中国人民大学出版社编辑，法学硕士。

# 附录一：

## 北京市第一中级人民法院刑事判决书

（2000）一中刑初字第1484号

公诉机关：北京市人民检察院第一分院

被告人成克杰，男，66岁（1933年11月13日出生），壮族，出生地广西壮族自治区上林县，大学文化，原系第九届全国人民代表大会常务委员会副委员长，曾任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席，住广西壮族自治区南宁市新城区新城所七星路片区党委大院七星路128号。因涉嫌犯受贿罪，于2000年4月25日被逮捕。现在押。

辩护人张建中、赵志成，北京市共和律师事务所律师。

北京市人民检察院第一分院以京检一分刑诉字（2000）第115号起诉书指控被告人成克杰犯受贿罪，于2000年6月26日向本院提起公诉。本院遵照最高人民法院指定管辖决定，立案受理，并依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。北京市人民检察院第一分院指派副检察长方工、周晓燕，代理检察员王伟、杨琦出庭支持公诉。被告人成克杰及其辩护人张建中、赵志成，证人周坤、秦逸民到庭参加诉讼。现已审理终结。

北京市人民检察院第一分院指控：

1993年底，被告人成克杰与李平（女，46岁，香港居民，另案处理）准备各自离婚后结婚，商议趁成克杰在位，利用其职权，为婚后生活共同准备钱财。此后，成克杰、李平共同为他人谋取利益，从中收受财物。

1.1994年3月10日，被告人成克杰利用职权，将广西银兴房屋开发公司（后更名为广西银兴实业发展公司，以下简称银兴公司）由原隶属广西国际经济技术合作公司改为直接隶属自治区政府领导和管理。1994年初至1995年6月，成克杰通过李平接受银兴公司负责人周坤（另案处理）请托，并从李平处得知可以得到好处，遂利用职权，指定南宁市江南停车购物城工程（以下简称停车购物城工程）由银兴公司承建，要求自治区计委尽快办理立项手续；指令广西省南宁市政府将该工程85亩用地以每亩55万元低价出让给银兴公司；多次向中国建设

银行广西分行行长曾国坚提出要求，为银兴公司发放贷款人民币 7 000 万元。为取得事先约定的好处，在张静海（另案处理）的协助下，成克杰、李平收受周坤以银兴公司多付土地转让费的方式给予的人民币 20 211 597 元。李平将其中人民币 900 万元送给张静海。成克杰、李平取得人民币 11 211 597 元。

2. 1996 年上半年至 1998 年 5 月间，被告人成克杰通过李平接受银兴公司负责人周坤请托，并从李平处得知可以得到好处，遂利用职权，决定将广西民族宫工程（以下简称民族宫工程）交由银兴公司与自治区民委共同开发建设，并指令将该项目法人由原定的自治区民委改为银兴公司；向中国工商银行广西分行行长肖广诚提出要求，为银兴公司发放贷款人民币 3 000 万元；指令自治区房改办公室违反国家规定，将房改基金人民币 2 500 万元借给银兴公司；先后两次批示自治区财政厅向银兴公司拨款人民币 5 000 万元；为银兴公司向国家计委申请到项目补助款人民币 1 300 万元。为此，成克杰、李平收受周坤给予的人民币 900 万元、港币 804 万元（折合人民币 8 606 436 元）。李平将其中人民币 250 万元送给张静海。成克杰、李平取得合计人民币 15 106 436 元。

3. 被告人成克杰与李平在共同为银兴公司谋取上述利益的过程中，于 1994 年至 1997 年间多次收受银兴公司负责人周坤给予的人民币 2 万元、港币 2 万元、美元 2 万元以及金砖 1 块、黄金狮子 1 对、黄金钻石戒指 1 对、劳力士手表 3 块等物品。款、物合计人民币 559 428 元。

4. 1994 年 7 月至 10 月间，被告人成克杰通过李平接受广西信托投资公司（以下简称信托公司）及其下属的广西桂信实业开发公司（以下简称桂信公司）的请托，并从李平处得知可以得到好处，遂利用职权，分别向中国建设银行广西分行行长曾国坚、中国银行广西分行行长高武学提出要求，为信托公司以及桂信公司发放贷款共计人民币 1 600 万元。为此，成克杰、李平两次收受桂信公司给予的人民币共计 60 万元。

5. 1997 年 7 月，被告人成克杰通过李平接受广西桂隆经贸有限公司（以下简称桂隆公司）总经理刘新民为铁道部隧道工程局承揽岩滩水电站库区排涝拉平隧洞工程（以下简称拉平隧洞工程）的请托，并从李平处得知可以得到好处，遂利用职权，直接干预更改中标标段，使铁道部隧道工程局承揽到该项目标的较高的下游段工程。为此，成克杰、李平收受桂隆公司给予的人民币 180 万元。

6. 1994 年初至 1998 年初，被告人成克杰通过李平接受甘维仁（另案处理）的请托，利用职权，多次帮助甘维仁晋升职级，调动工作，使甘维仁由广西合浦县副县长先后晋升为广西北海市铁山港区区长、自治区政府副秘书长。为此，成克杰、李平四次收受甘维仁给予的人民币 27 万元。

1996年，被告人成克杰接受广西北海市公安局海城分局局长周贻胜的请托，向该市市委主要负责人推荐周贻胜担任北海市公安局局长。为此，成克杰两次收受周贻胜给予的美元3 000元（折合人民币24 911元）。1996年2月至1997年12月间，成克杰接受自治区计委服务中心主任李一洪的请托，利用职权，安排李一洪担任了自治区政府驻京办事处副主任。为此，成克杰3次收受李一洪给予的人民币1.8万元。

综上所述，被告人成克杰伙同李平或单独非法收受贿赂款、物合计人民币41 090 373元，李平将其中1 150万元送给帮助转款、提款的张静海。成克杰、李平实得贿赂款29 590 373元。上述赃款、赃物大部分被李平转移到香港保管，案发后已全部收缴。

北京市人民检察院第一分院向本院移送了指控被告人成克杰犯受贿罪的物证、书证、证人证言、鉴定结论、被告人供述等有关证据，认为被告人成克杰利用其国家工作人员职务上的便利，为他人谋取利益，非法收受财物，数额特别巨大，情节特别严重，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第385条、第386条、第383条的规定，已构成受贿罪。提请本院依法惩处。

对于公诉机关在起诉书中指控的犯罪事实，被告人成克杰在开庭审理中，供认其曾决定让银兴公司承建停车购物城工程和民族宫工程，并帮助银兴公司解决建设资金，银兴公司负责人周坤曾通过李平或直接送给其价值人民币55万余元的款、物；供认其曾帮助信托公司和桂信公司申请银行贷款，帮助铁道部隧道工程局承揽拉平隧洞工程；亦供认其曾向有关部门和负责人推荐甘维仁、周贻胜、李一洪晋升职务。但又辩解称：起诉书指控其和李平为结婚准备钱财，利用职权收受贿赂没有根据；将停车购物城工程和民族宫工程交由银兴公司承建及向银兴公司拨款是正当的职务行为；帮助银兴公司和信托公司从银行贷款，不违反规定；铁道部隧道工程局施工能力较强，推荐其承建拉平隧洞工程，是为了保证工程质量，属正当的职务行为；在办理上述事项中没有收受任何贿赂；推荐甘维仁、周贻胜、李一洪晋升职务是正常职务行为，甘维仁、李一洪的职务晋升是经组织部门研究决定的；没有收受甘维仁的钱款；虽然收受了周贻胜、李一洪的钱款，但这与李一洪的职务晋升和推荐周贻胜晋升职务没有关系。

被告人成克杰的辩护人张建中、赵志成在开庭审理中，对成克杰所供认的内容未表示异议，但提出如下辩护意见：起诉书指控成克杰为与李平结婚生活而利用职权准备钱财的证据不足；成克杰作为自治区政府主要负责人，帮助有关单位承建停车购物城工程、民族宫工程、拉平隧洞工程，是正当履行职责；成克杰为请托人联系银行贷款，没有利用职权，不具备受贿罪的主体资格；成克杰向组织

部门推荐甘维仁、周贻胜、李一洪，没有违反规定，指控其收受甘维仁的钱款缺乏证据；成克杰收受周贻胜、李一洪的钱款与二人的职务晋升没有因果关系；李平让成克杰帮助请托人办理有关事项，收取“好处费”，系商业行为，“好处费”均被李平和张静海占有，成克杰不应对此承担法律责任；在案件进入司法程序之前，成克杰能够如实交代自己的罪行，积极配合有关部门追回涉案全部财物，其行为应视为自首，请求法庭对其从轻或者减轻处罚。

在庭审中，被告人成克杰的辩护人提供了证人孟昭奉（成克杰之妻）的亲笔证词、证言各一份及成克杰与亲属的合影照片一张，以证明起诉书认定的成克杰和李平准备各自离婚后结婚的事实不能成立。

经审理查明：

1993年底，被告人成克杰与李平商议各自离婚后结婚。为此，时任成克杰秘书的周宁邦向李平建议，利用成克杰在位的有利条件，二人先赚钱后结婚，为以后共同生活打好物质基础。李平将周宁邦的建议转告成克杰后，成克杰表示同意，并与李平商定，由李平联系请托人，由成克杰利用其担任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席的职务便利，为请托人谋取利益，二人收受钱财，存放境外，以备婚后使用。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人李平的多次证言证实：她和成克杰在1993年底曾谈起各自离婚后再结婚的事情。周宁邦对她讲，现在结婚不现实，没有什么经济基础，不如趁成克杰在位时赚些钱，为将来的生活打好基础。后她把周宁邦的建议转告给成克杰，成克杰讲周宁邦说的先赚钱再结婚是对的，让她去看看有什么生意可做。当时是想通过成克杰拿土地、拿项目去赚钱。在收到第一笔“好处费”时，她和成克杰就商量把钱存到境外，不要存在境内。

2. 证人周宁邦的证言证实：1993年底，成克杰与李平曾商量各自离婚、结婚。他对李平讲，你们没有经济基础，不如趁成克杰在位的时候，利用成克杰的地位和影响多赚些钱，为将来结婚打好物质基础，并让李平把这些话转告成克杰。

3. 被告人成克杰在侦查期间的供述证实：1993年，李平曾向他转告过周宁邦的上述建议。他认为周宁邦说的先赚钱再结婚是有道理的。以后，他和李平就考虑找一些项目，拿些“好处费”，共同赚钱。成克杰的供述与证人李平、周宁邦的证言基本相符，可相互印证。

此后，从1994年初至1997年底，被告人成克杰与李平相互勾结，接受银兴公司等单位和个人的请托，利用成克杰的职务便利，为请托人谋取利益，从中收

受巨额贿赂。具体事实如下：

一、1994 年初至 1995 年 6 月，被告人成克杰从李平处得知，如帮助银兴公司承建停车购物城工程及解决建设资金，可得到巨额“好处费”，便通过李平接受银兴公司负责人周坤的请托，利用职权，未经讨论，将银兴公司划归自治区政府办公厅管理；将停车购物城工程交由银兴公司承建，并要求自治区计委尽快为该工程立项；指示广西省南宁市政府将该工程 85 亩用地的出让价格，从评估价每亩人民币 96 万余元压低至 55 万元；多次向中国建设银行广西分行提出要求，使该行向银兴公司发放贷款人民币 7 000 万元。此后，银兴公司按照周坤与李平的约定，将贿赂款人民币 20 211 597 元汇入李平指定的银行账户。李平将其中人民币 900 万元付给为其转取贿赂款的张静海，其余人民币 11 211 597 元兑换成港币，存入其在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人李平的证言证实：她和周坤商谈工程项目、贷款时，周坤许诺如帮助银兴公司承建停车购物城工程，压低工程用地价格、解决银行贷款等，可付“好处费”。后她将周坤的上述请托事项及可获得“好处费”的情况告诉成克杰。成克杰便利用职权，变更银兴公司隶属关系，将停车购物城工程交给银兴公司承建，压低工程用地出让价格，帮助银兴公司贷款。她出面收受了银兴公司给予的人民币 2 021 万余元，除送给张静海人民币 900 万元外，余款人民币 1 121 万余元兑换成港币，存入她在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

2. 证人周坤出庭作证证实：他向李平许诺，如成克杰为银兴公司在变更隶属关系、承建停车购物城工程、压低工程用地价格和贷款等事项上帮忙，银兴公司将付“好处费”。成克杰利用职权，帮助银兴公司在上述事项上谋取利益后，银兴公司按约定付给成克杰和李平“好处费”人民币 2 021 万余元。

3. 被告人成克杰在侦查期间及庭审中的供述均证实：李平将周坤的有关请托事项告诉他后，他表示同意，便要求将银兴公司划归自治区政府办公厅管理；决定将停车购物城工程交给银兴公司承建；要求自治区计委尽快为该工程办理立项手续；指示广西省南宁市政府压低地价；要求中国建设银行广西分行为银兴公司解决贷款。成克杰在侦查期间亦供述，李平在事前、事后，均将收受银兴公司“好处费”的情况告诉过他。成克杰的供述与有关证人证言等证据基本相符，可相互印证。

4. 证人刘咸岳、许季方、何宾的证言及《关于变更广西银兴实业发展公司隶属关系的函》、《企业申请变更登记注册书》等书证证实：成克杰指令将银兴公

司划归自治区政府办公厅管理。

5. 证人杜宝成、洪普洲、梁志强的证言及《关于广西银兴房屋开发公司新建银兴商城项目立项的批复》等书证证实：成克杰违反工程项目立项的规定程序，指令自治区计委有关部门为银兴公司办理了银兴商城（即停车购物城）工程项目立项审批手续。

6. 证人杜宝成、李宗泽的证言及《地价评估报告》、《关于南宁市停车城地价问题的批复》、《关于缓交南宁市停车城土地转让费的报告》等书证证实：成克杰将停车购物城工程用地价格由评估价每亩人民币 96 万余元，压低到 55 万元。

7. 证人曾国坚的证言证实：在成克杰要求中国建设银行广西分行向银兴公司发放几千万元贷款时，该行曾认为周坤信誉不好，对其不放心，不想发放这笔贷款。后经成克杰多次要求，该行向银兴公司发放贷款人民币 7 000 万元，该贷款至今未归还。

8.《人民币资金借款合同》、《抵押合同》贷款转存凭证、银兴公司银行明细账等书证证实：中国建设银行广西分行向银兴公司六次发放贷款共计人民币 7 000万元。

9. 证人张静海的证言证实：李平让他帮助转取银兴公司汇给李的钱款，他将人民币 2 021 万余元提取现金后，交给了李平，李平送给他人民币 900 万元。

10. 银兴公司账册、户名为张静海的中国银行长城卡月结单及银行账册等书证证实：张静海出面帮助转取银兴公司支付给李平的人民币2 021万余元。

二、1996 年上半年至 1997 年底，被告人成克杰从李平处得知，如帮助银兴公司承建民族宫工程及解决建设资金，可得到巨额“好处费”，便通过李平接受银兴公司负责人周坤的请托，利用职权，将民族宫工程交由银兴公司与自治区民委共同开发建设；将该项目法人由原定的自治区民委改为银兴公司；向中国工商银行广西分行提出要求，使该行向银兴公司发放贷款人民币 3 000 万元；违反国家规定，指令自治区房改办公室将房改基金人民币 2 500 万元借给银兴公司；两次批示自治区财政厅将财政周转金人民币 5 000 万元借给银兴公司；为银兴公司向国家计委申请到项目补助款人民币 1 300 万元。此后，银兴公司按照周坤与李平的约定，以汇款等方式将贿赂款人民币 900 万元、港币 804 万元（折合人民币 8 606 436 元）支付给李平。李平将其中人民币 250 万元付给为其转取贿赂款的张静海，余款人民币 650 万元兑换成港币，连同港币 804 万元存入其在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人李平的证言证实：她将周坤要求由银兴公司承建民族宫工程、解决

建设资金的请托及可给付巨额“好处费”的情况告诉成克杰，成克杰利用职权，使该请托得以实现；她出面收受银兴公司给予的人民币 900 万元、港币 804 万元，将其中人民币 250 万元送给张静海，余款按与成克杰的约定，存入她在香港浙江兴业银行的账户内，并将收取“好处费”的情况告诉成克杰。

2. 证人周坤出庭作证证实：成克杰为银兴公司在承建民族宫工程及解决建设资金上谋取利益后，银兴公司按约定付给成克杰、李平“好处费”人民币 900 万元、港币 804 万元，其中人民币 900 万元由银兴公司打入李平指定的银行账户，港币 804 万元由其本人将现金支票交给李平。

3. 被告人成克杰在侦查期间及庭审中的供述均证实：李平将周坤的请托事项告诉他后，他表示同意，便决定将民族宫工程交给银兴公司与自治区民委共同开发建设；指令自治区政府办公厅主任潘鸿权在签发文件时将项目法人由自治区民委改为银兴公司；要求中国工商银行广西分行为银兴公司解决贷款人民币 3 000万元；指示自治区房改办公室将房改基金人民币 2 500 万元违规借给银兴公司；两次批示自治区财政厅给银兴公司拨款人民币 5 000 万元，用于民族宫建设；向国家计委申请到民族宫项目补助款人民币 1 300 万元。成克杰在侦查期间亦供述，李平在事前、事后将收受银兴公司“好处费”的情况告诉过他。

4. 证人袁凤兰、刘咸岳、潘鸿权、黄海坤的证言及《关于广西民族宫建设筹备工作会议纪要》、《公司设立登记申请书》等书证证实：成克杰指定由银兴公司承建民族宫工程并将项目法人变更为银兴公司。

5. 证人肖广诚的证言及《人民币短期借款合同》、银行存款明细账等书证证实：由于成克杰提出要求，中国工商银行广西分行向银兴公司发放贷款人民币 3 000万元。

6. 证人袁凤兰、涂运彪的证言及银行转款凭证等书证证实：成克杰违反规定，指令自治区房改办公室将房改基金人民币 2 500 万元借给银兴公司。

7. 证人余国信的证言及《关于广西民族宫有限公司 5 000 万元财政拨款情况的说明》、《财政周转借款合同书》、预算拨款凭证等书证证实：成克杰两次批示自治区财政厅将财政周转金人民币 5 000 万元借给银兴公司。

8. 证人杨道喜、梁斌的证言及自治区四十周年大庆筹委会会议纪要、请求解决自治区四十周年庆祝活动重点项目建设经费的请示、国家计委办公厅的复函、预算拨款凭证等书证证实：成克杰指示自治区计委向国家计委为银兴公司申请到民族宫项目补助款人民币 1 300 万元。

9. 证人程晓梅、张丽铭的证言及银兴公司账册、北海银新房地产公司南宁分公司账册、广西南宁财贸物资公司的账册等书证证实：李平让程晓梅、张丽铭

帮助提取银兴公司付给的“好处费”人民币 300 万元。

10. 证人张静海的证言及转账支票、户名为张静海的中国银行长城信用卡、转账传票等书证证实：张静海帮助转取银兴公司付给李平的“好处费”人民币 600 万元，李平送给张静海人民币 250 万元。

11. 证人林锡森、王新强、周莉萍的证言及广西民族宫建设有限公司账册、基达企业有限公司账册等书证证实：银兴公司将公司资金往返转汇后，兑换成港币 804 万元，由经手人交给周坤。

12. 证人李秀玲、陈奇志的证言证实：周坤让银兴公司财务汇出人民币2 000余万元。

三、1994 年 7 月至 1997 年底，被告人成克杰与李平在接受银兴公司负责人周坤请托，为银兴公司承建停车购物城工程和民族宫工程谋取利益的过程中，先后在香港和南宁市收受周坤送给的人民币 2 万元、港币 2 万元、美元 2 万元、黄金钻戒 1 对、金砖 1 块、工艺品黄金狮子 1 对、劳力士牌情侣表 1 对、劳力士牌男表 1 块，款、物合计人民币559 428元。其中金砖 1 块、工艺品黄金狮子 1 对、劳力士牌男表 1 块和美元 2 万元、人民币 2 万元（款、物共计人民币 45.5 万余元）由成克杰亲自收受，其余款、物由成克杰、李平共同收受或由李平单独收受后告知成克杰。以上款、物多数由李平存放在香港。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人周坤出庭作证证实：为感谢成克杰给银兴公司谋取利益，多次直接或经李平转送给成克杰人民币、港币、美元、黄金制品和手表等款、物，共价值人民币近 60 万元。

2. 证人李平的证言证实：成克杰在帮助银兴公司承接工程项目、变更公司隶属关系和联系贷款等期间，多次亲自或经她转手收受周坤送给的美元、港币、手表、金砖等款、物，由她将金砖、工艺品黄金狮子等在香港变卖，换取现金。

3. 当庭出示并经成克杰辨认的物证劳力士牌男表、书证钻戒照片证实：该手表及钻戒系成克杰与李平从周坤处收受。

4. 被告人成克杰对上述事实供认不讳，其供述与周坤、李平的证言基本相符，可相互印证。

四、1994 年 7 月至 10 月，被告人成克杰从李平处得知，如帮助信托公司及其下属的桂信公司联系到贷款，可获得“好处费”，便通过李平接受请托，利用职务便利，先后向中国建设银行广西分行和中国银行广西分行提出要求，使中国建设银行广西分行向信托公司发放贷款人民币 600 万元（后信托公司将该款借给桂信公司使用），中国银行广西分行向桂信公司发放贷款人民币 1 000 万元。此

后，李平两次收受桂信公司给付的“好处费”共计人民币 60 万元，兑换成港币，存入其在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人李平的证言证实：她将信托公司及桂信公司要求贷款的请托及可获得“好处费”的情况告诉成克杰后，成克杰要求中国建设银行广西分行向信托公司发放贷款人民币 600 万元，中国银行广西分行向桂信公司发放贷款人民币 1 000万元。后由她出面，两次收受桂信公司给予的“好处费”共计人民币 60 万元，并将收取“好处费”的情况告诉成克杰。

2. 证人曾国坚的证言证实：由于成克杰提出要求，中国建设银行广西分行向信托公司发放贷款人民币 600 万元，该贷款至今未还。

3. 证人高武学、李光明的证言证实：由于成克杰提出要求，中国银行广西分行考虑到与成克杰的关系，向桂信公司发放贷款人民币 1 000 万元，如果不是成克杰提出要求，该贷款不可能发放。

4. 被告人成克杰在侦查期间及庭审中的供述均证实：李平将信托公司和桂信公司要求贷款的请托及可为此获得“好处费”的情况告诉他后，他表示同意，便要求中国建设银行广西分行为信托公司解决贷款，中国银行广西分行为桂信公司解决贷款。成克杰在侦查期间亦供述，李平在事前、事后将收取“好处费”的情况告诉过他。成克杰的供述与证人李平、曾国坚、高武学等人的证言基本相符，可相互印证。

5. 证人韦鼎桓、李平原、黄国生、覃小玲、韦建国的证言证实：信托公司及桂信公司通过李平申请到银行贷款计人民币 1 600 万元，桂信公司两次付给李平“好处费”计人民币 60 万元。

6. 证人张静海的证言证实：他帮助李平提取了桂信公司给付的“好处费”人民币 40 万元。

7. 中国建设银行广西分行、中国银行广西分行的贷款审批手续等书证证实：中国建设银行广西分行向信托公司发放贷款人民币 600 万元，中国银行广西分行向桂信公司发放贷款人民币 1 000 万元。

8. 桂信公司的现金支票、费用报销单等书证及鉴定结论证实：李平从桂信公司领取人民币 20 万元。

9. 桂信公司账册、银行进账单、银行活期储蓄存款凭条、取款凭条等书证及鉴定结论证实：张静海帮助李平提取桂信公司支付的“好处费”人民币 40 万元。

五、1997 年 7 月，被告人成克杰从李平处得知桂隆公司董事长刘新民许诺，

如帮助铁道部隧道工程局承建拉平隧洞工程，可得到“好处费”，便通过李平接受请托，利用职权，指令自治区移民办将该工程交由铁道部隧道工程局承建，并直接干预工程招标工作，更改中标标段，使本应承建标的较低的上游段工程的铁道部隧道工程局，承建到了标的较高的下游段工程。在此期间，李平从刘新民处收受了铁道部隧道工程局给付的“好处费”人民币180万元，兑换成港币，存入其在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人李平的证言证实：刘新民委托她帮助铁道部隧道工程局承揽拉平隧洞工程，并答应付给“好处费”。她将上述情况告诉成克杰，成克杰便利用职权，使铁道部隧道工程局承揽到拉平隧洞工程中标的较高的下游段工程。她从中收受刘新民转送的“好处费”人民币180万元，并将收受“好处费”的情况告诉成克杰。

2. 证人刘新民的证言证实：铁道部隧道工程局委托他帮助承揽拉平隧洞工程，付给“好处费”人民币200万元。他通过李平帮忙承揽该工程，付给李平“好处费”人民币180万元。

3. 证人秦逸民出庭作证证实：成克杰指令自治区移民办将拉平隧洞工程交由铁道部隧道工程局承建；得知铁道部隧道工程局在招标中获得标的较低的上游段工程后，成克杰又指令更改标段，将标的较高的下游段工程交给铁道部隧道工程局承建。证人奉恒高等人的证言亦证实上述情节，且与秦逸民的证言基本相符，可相互印证。

4. 被告人成克杰在侦查期间及庭审中的供述均证实：李平告诉他铁道部隧道工程局想承揽拉平隧洞工程，他同意帮忙，并要求负责此项工程的自治区政府副主席奉恒高将该工程交由铁道部隧道工程局承建；又指令更改标段，使铁道部隧道工程局承建到标的较高的工程段。成克杰在侦查阶段还多次供述，李平在事前、事后将获取“好处费”的情况告诉过他。

5. 证人张长征、李国民的证言证实：铁道部隧道工程局通过刘新民获得拉平隧洞工程下游标段，付给刘新民所在的桂隆公司人民币200万元。

6. 证人陈高峰、周克凡、吴红雨的证言证实：陈高峰从铁道部隧道工程局付给的人民币200万元中，提取现金180万元交给刘新民。

7. 拉平隧洞工程投标书、中标书、协议书等书证证实：铁道部隧道工程局中标的工程段为上游段，后变更为下游段。

8. 铁道部隧道工程局财务账册、桂隆公司账册、银行汇票、进账单等书证证实：铁道部隧道工程局汇入桂隆公司账户人民币200万元。

9. 桂隆公司账册、户名分别为陈高峰、周克凡、吴红雨的中国银行长城卡取现单等书证证实：刘新民为向李平支付“好处费”，提取现金人民币 180 万元。

六、1994 年初至 1997 年 4 月，被告人成克杰通过李平接受甘维仁的请托，利用职权，帮助甘维仁晋升职务，使甘维仁由广西合浦县副县长先后晋升为广西北海市铁山港区区长、自治区政府副秘书长。为此，李平四次经手收受甘维仁贿赂的人民币共计 27 万元，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人甘维仁的证言证实：他为了晋升职务，先后四次向成克杰、李平行贿人民币 27 万元。经成克杰推荐，他两次被提升职务。

2. 证人李平的证言证实：甘维仁为晋升职务，多次通过她向成克杰请托，她四次收受甘维仁送给的人民币 27 万元，并将收受贿赂的情况告诉成克杰。

3. 证人杨基常、王庆录、徐爱俐、叶学明、马庆生、黄学权的证言证实：经成克杰积极推荐，甘维仁先后升任北海市铁山港区区长、自治区政府副秘书长。

4. 被告人成克杰在侦查期间及庭审中的供述均证实：他接受甘维仁的请托后，便利用职权帮助甘维仁晋升职务，李平将收受甘维仁钱款的情况告诉过他。此供述与上述证据基本相符，可相互印证。

七、1996 年至 1997 年，被告人成克杰接受北海市公安局海城分局局长周贻胜的请托，向中共北海市委员会主要负责人推荐周贻胜担任北海市公安局局长。为此，成克杰两次收受周贻胜给予的美元 3 000 元（折合人民币 24 911 元）。成克杰将该款交给李平保管。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人周贻胜的证言证实：成克杰接受其提升职务的请托并两次收受他给予的美元 3 000 元。

2. 证人李平的证言证实：成克杰将周贻胜给的美元交她保管。

3. 证人杨基常、李克的证言证实：成克杰曾推荐周贻胜担任北海市公安局局长。

4. 被告人成克杰的供述证实：他收受了周贻胜的美元 3 000 元。其供述与上述证据基本相符，可相互印证。

八、1996 年初至 1997 年 2 月，被告人成克杰接受自治区计委服务中心主任李一洪的请托，利用职权，指令自治区计委推荐李一洪担任自治区政府驻京办事处副主任，并在推荐报告上批示同意，使李一洪担任了该职务。为此，成克杰收受李一洪给予的人民币 1.8 万元。

上述事实，有下列经庭审举证、质证的证据证实，本院予以确认：

1. 证人李一洪的证言证实：成克杰接受他的请托，推荐他晋升职务，他三次送给成克杰人民币共计 1.8 万元。

2. 证人杨道喜、罗宽中、吴代慧的证言证实：成克杰推荐并批示李一洪担任自治区政府驻京办事处副主任。

3. 自治区计委建议函、任职通知等书证证实：经成克杰批示同意后，李一洪被任命为自治区政府驻京办事处副主任。

4. 被告人成克杰关于收受李一洪人民币 1.8 万元的供述与上述证据基本相符，可相互印证。

综上，被告人成克杰利用职务便利，单独或与李平共同为请托单位或个人谋取利益，收受贿赂款、物合计人民币 41 090 373 元。案发后，上述款、物已全部追缴，扣押清单由检察机关随李平案移送。

对于被告人成克杰及其辩护人提出起诉书指控成克杰与李平共谋为二人结婚生活准备钱财，利用成克杰的职权收受贿赂证据不足的辩解和辩护意见，经查：证人李平的多次证言证实，成克杰几次与其商议各自离婚后结婚，由其出面联系项目，接受他人请托，由成克杰利用职权，为他人谋取利益，二人收取钱财，为今后生活做准备；证人周宁邦的证言证实，成克杰与李平商议各自离婚后结婚，其提议二人利用成克杰的职权，先赚钱后结婚；被告人成克杰在侦查阶段对上述事实亦曾多次作过供述，其供述与李平、周宁邦的证言相符，能够相互印证。因此，起诉书指控的上述事实成立，本院对被告人成克杰的辩解及其辩护人的辩护意见不予采纳。

对于被告人成克杰的辩护人在庭审中提供的证人孟昭奉的亲笔证词、证言、成克杰与亲属的合影照片，以及成克杰的辩护人据此认为成克杰家庭婚姻稳定，起诉书认定成克杰与李平准备各自离婚后结婚的事实不能成立的辩护意见，经查：证人李平、周宁邦的多次证言均证实，成克杰与李平自 1993 年起，曾数次商议各自离婚后结婚，并因此引发成克杰的婚姻危机；被告人成克杰在侦查期间对上述事实亦多次作过供述，其供述与证人李平、周宁邦的证言基本相符，可相互印证。成克杰的辩护人提供的证人孟昭奉的证词、证言及合影照片不能客观、全面、真实地证明成克杰的家庭婚姻状况，否定不了证人李平、周宁邦的证言及被告人成克杰的供述所证实的成克杰与李平准备各自离婚后结婚这一事实。因此，本院对成克杰的辩护人的辩护意见及其提供的证词、证言不予采纳。

对于被告人成克杰及其辩护人提出成克杰在停车购物城工程、民族宫工程、拉平隧洞工程中为请托人谋取利益，系成克杰正当履行职务，李平为此收受“好

处费”系商业行为，成克杰不应对此承担法律责任的辩解和辩护意见，经查：公诉机关在庭审中出示的证人证言、书证等证据证实，成克杰从李平处得知有关人员的请托及许诺给予“好处费”后，利用职务便利为请托人谋取利益，由李平收受并保管“好处费”；成克杰为他人谋取利益，是为了从中收受贿赂；李平利用了成克杰的职权，从请托人处收受贿赂，其与请托人之间不存在正当的商务关系。按照我国刑法的规定，国家工作人员只要利用职务便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物，即构成受贿罪，是否正当履行职务均不影响其受贿罪的成立。故成克杰利用职权为他人谋取利益，收取贿赂的行为，即使如辩解和辩护意见所称的属正当履行职务，也不影响其受贿罪的成立，况且成克杰在为请托单位谋取利益的过程中并非正当履行职务。因此，本院对被告人成克杰的辩解及其辩护人的辩护意见不予采纳。

对于被告人成克杰及其辩护人提出成克杰为请托人联系银行贷款没有利用职权，不具备受贿罪主体资格的辩解和辩护意见，经查：公诉机关在庭审中出示的证人证言、书证等证据证实，在当时的金融管理体制下，设立于广西壮族自治区内的中国建设银行广西分行、中国工商银行广西分行、中国银行广西分行有关负责人员的任命，要征得自治区党委和政府的同意。成克杰作为自治区党委及政府的主要负责人，与设立于自治区内的上述三家银行及其负责人具有管理制约关系，其帮助请托人从银行获取贷款，属于利用职务上的便利。因此，本院对成克杰的辩解及其辩护人的辩护意见不予采纳。

对于被告人成克杰及其辩护人提出成克杰推荐甘维仁、周贻胜、李一洪晋升职务是正常职务行为，甘维仁、李一洪的职务晋升是经组织部门研究决定的；没有收受甘维仁的钱款；虽然收受了周贻胜、李一洪的钱款，但这与李一洪的职务晋升和推荐周贻胜晋升职务没有关系的辩解和辩护意见，经查：公诉机关在庭审中出示的证人证言、书证及被告人成克杰的供述证实，成克杰通过李平收受甘维仁的钱款及其亲自收受周贻胜、李一洪的钱款，证据确实、充分。成克杰利用职权推荐甘维仁、周贻胜、李一洪晋升职务的行为与收受该三人的钱款有因果关系，且使得甘维仁、李一洪二人的职务得以晋升。因此，本院对成克杰的辩解及其辩护人的辩护意见不予采纳。

对于辩护人提出成克杰在案件进入司法程序前能够如实交代自己的罪行，积极配合有关部门追回涉案全部财物，应视为自首的辩护意见，经查：成克杰是在群众揭发、有关涉案人员已作如实供述和有关部门调查取证后，才逐步交代了其受贿的事实，不属自动投案，且成克杰在庭审中不如实供述受贿事实，故其不具备自首要件，自首不能成立。虽然成克杰曾写信给李平，表示愿意将他和李平的

受贿赃款退回，但本案的赃款是在李平积极配合下追缴的。因此，本院对成克杰的辩护人的辩护意见不予采纳。

本院认为，被告人成克杰身为国家工作人员，利用担任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席的职务便利，伙同李平或单独接受他人请托，为他人谋取利益，非法收受财物，其行为已构成受贿罪。北京市人民检察院第一分院指控被告人成克杰犯受贿罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立。被告人成克杰的受贿数额特别巨大，其作为高级领导干部，所犯罪行严重破坏了国家机关正常工作秩序，侵害了国家工作人员职务的廉洁性，败坏了国家工作人员的声誉，犯罪情节特别严重，依法应予严惩。虽然成克杰受贿的赃款已被追缴，但不足以据此对其从轻处罚。辩护人请求对成克杰从轻或者减轻处罚的意见缺乏事实和法律依据，本院不予采纳。据此，根据被告人成克杰犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第 385 条第 1 款、第 386 条、第 383 条第 1 款第（一）项、第 2 款、第 57 条第 1 款的规定，判决如下：

被告人成克杰犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

如不服本判决，可在接到本判决书的第 2 日起 10 日内，通过本院或者直接向北京市高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应当提交上诉状正本 1 份，副本 1 份。

审判长：马子荣
审判员：陆伟敏
审判员：胡万德
2000 年 7 月 31 日
北京市第一中级人民法院
书记员：杨雪翎
书记员：陶炜

# 附录二：

## 北京市高级人民法院刑事裁定书

（2000）高刑终字第 434 号

公诉机关：北京市人民检察院第一分院

上诉人（原审被告人）成克杰，男，66 岁（1933 年 11 月 13 日出生），壮族，出生于广西壮族自治区上林县，大学文化，原系第九届全国人民代表大会常务委员会副委员长，曾任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席，住广西壮族自治区南宁市新城区新城所七星路片区党委大院七星路 128 号。因涉嫌犯受贿罪，于 2000 年 4 月 25 日被逮捕。现在押。

辩护人张建中，北京市共和律师事务所律师。

辩护人郭金海，广西大海律师事务所律师。

北京市第一中级人民法院审理北京市人民检察院第一分院指控原审被告人成克杰犯受贿罪一案，于 2000 年 7 月 31 日作出（2000）一中刑初字第 1484 号刑事判决。原审被告人成克杰不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问上诉人，听取辩护人的辩护意见，认为事实清楚，决定不开庭审理。本案现已审理终结。

北京市第一中级人民法院判决认定：

1993 年底，被告人成克杰与李平（另案处理）商议各自离婚后结婚。为此，时任成克杰秘书的周宁邦向李平建议，利用成克杰在位的有利条件，二人先赚钱后结婚，为以后共同生活打好物质基础。李平将周宁邦的建议转告成克杰后，成克杰表示同意，并与李平商定，由李平联系请托人，由成克杰利用其担任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席的职务便利，为请托人谋取利益，二人收受钱财，存放境外，以备婚后使用。此后，从 1994 年初至 1997 年底，被告人成克杰与李平相互勾结，接受广西银兴实业发展公司（以下简称银兴公司）等单位和个人的请托，利用成克杰的职务便利，为请托人谋取利益，从中收受巨额贿赂。具体事实如下：

一、1994 年初至 1995 年 6 月，被告人成克杰从李平处得知，如帮助银兴公

司承建南宁市江南停车购物城工程（以下简称停车购物城工程）及解决建设资金，可得到巨额“好处费”，便通过李平接受银兴公司负责人周坤的请托，利用职权，未经讨论，将银兴公司划归自治区政府办公厅管理；将停车购物城工程交由银兴公司承建，并要求自治区计委尽快为该工程立项；指示南宁市政府将该工程 85 亩用地的出让价格，从评估价每亩人民币 96 万余元压低至 55 万元；多次向中国建设银行广西分行提出贷款要求，使该行向银兴公司发放贷款人民币 7 000万元。此后，银兴公司按照周坤与李平的约定，将贿赂款人民币 20 211 597 元汇入李平指定的银行账户。李平将其中人民币 900 万元付给为其转取贿赂款的张静海，其余人民币 11 211 597 元兑换成港币，存入其在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

二、1996 年上半年至 1997 年底，被告人成克杰从李平处得知，如帮助银兴公司承建广西民族宫工程及解决建设资金，可得到巨额“好处费”，便通过李平接受银兴公司负责人周坤的请托，利用职权，将广西民族宫工程交由银兴公司与自治区民委共同开发建设；将该项目法人由原定的自治区民委改为银兴公司；向中国工商银行广西分行提出贷款要求，使该行向银兴公司发放贷款人民币 3 000 万元；违反国家规定，指令自治区房改办公室将房改基金人民币 2 500 万元借给银兴公司；两次批示自治区财政厅将财政周转金人民币 5 000 万元借给银兴公司；为银兴公司向国家计委申请到项目补助款人民币 1 300 万元。此后，银兴公司按照周坤与李平的约定，以汇款等方式将贿赂款人民币 900 万元、港币 804 万元（折合人民币 8 606 436 元）支付给李平。李平将其中人民币 250 万元付给为其转取贿赂款的张静海，余款人民币 650 万元兑换成港币，连同港币 804 万元存入其在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

三、1994 年 7 月至 1997 年底，被告人成克杰与李平在接受银兴公司负责人周坤请托，为银兴公司承建停车购物城工程和广西民族宫工程谋取利益的过程中，先后在香港和南宁市收受周坤送给的人民币 2 万元、港币 2 万元、美元 2 万元、黄金钻戒 1 对、金砖 1 块、工艺品黄金狮子 1 对、劳力士牌情侣表 1 对、劳力士牌男表 1 块，款物合计人民币 559 428 元。其中金砖 1 块、工艺品黄金狮子 1 对、劳力士牌男表 1 块和美元 2 万元、人民币 2 万元（款物共计人民币 45.5 万余元）由成克杰收受，其余款物由成、李共同收受或由李平单独收受后告知成克杰。以上款物多数由李平存放在香港。

四、1994 年 7 月至 10 月，被告人成克杰从李平处得知，如帮助广西信托投资公司（以下简称信托公司）及其下属的广西桂信实业开发公司（以下简称桂信公司）联系到贷款，可获得“好处费”，便通过李平接受请托，利用职务便利，

先后向中国建设银行广西分行和中国银行广西分行提出贷款要求，使中国建设银行广西分行向信托公司发放贷款人民币600万元（后信托公司将该款借给桂信公司使用）、中国银行广西分行向桂信公司发放贷款人民币1 000万元。此后，李平两次收受桂信公司给付的好处费共计人民币60万元，兑换成港币，存入其在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

五、1997年7月，被告人成克杰从李平处得知广西桂隆经贸有限公司董事长刘新民许诺，如帮助铁道部隧道工程局承揽岩滩水电站库区排涝拉平隧洞工程，可得到"好处费"，便通过李平接受请托，利用职权，指令自治区移民办公室将该工程交由铁道部隧道工程局承建，并直接干预工程招标工作，更改中标标段，使本应承建标的较低的上游段工程的铁道部隧道工程局，承建到了标的较高的下游段工程。在此期间，李平从刘新民处收受了铁道部隧道工程局给付的"好处费"人民币180万元，兑换成港币，存入其在香港浙江兴业银行的账户内，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

六、1994年初至1997年4月，被告人成克杰通过李平接受甘维仁的请托，利用职权，帮助甘维仁晋升职务，使甘维仁由广西合浦县副县长先后晋升为广西北海市铁山港区区长、自治区政府副秘书长。为此，李平四次经手收受甘维仁给予的贿赂款共计人民币27万元，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

七、1996年至1997年，被告人成克杰接受北海市公安局海城分局局长周贻胜的请托，向中共北海市委主要负责人推荐周贻胜担任北海市公安局局长。为此，成克杰两次收受周贻胜给予的美元3 000元（折合人民币24 911元）。成克杰将该款交给李平保管。

八、1996年初至1997年2月，被告人成克杰接受自治区计委服务中心主任李一洪的请托，利用职权，指令自治区计委推荐李一洪担任自治区政府驻京办事处副主任，并在推荐报告上批示同意，使李一洪担任了该职务。为此，成克杰收受李一洪给予的人民币1.8万元。

综上，被告人成克杰利用职务便利，单独或与李平共同为请托单位或个人谋取利益，收受贿赂款物合计人民币41 090 373元。案发后，上述款物已全部追缴，扣押清单由检察机关随李平案移送。

北京市第一中级人民法院认为，被告人成克杰身为国家工作人员，利用担任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席的职务便利，单独或伙同李平接受他人请托，为他人谋取利益，非法收受财物，其行为已构成受贿罪。北京市人民检察院第一分院指控被告人成克杰犯受贿罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立。被告人成克杰的受贿数额特别巨大，其作为高级

领导干部，所犯罪行严重破坏了国家机关正常工作秩序，侵害了国家工作人员职务的廉洁性，败坏了国家工作人员的声誉，犯罪情节特别严重，依法应予严惩。虽然成克杰受贿的赃款已被追缴，但不足以据此对其从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第 385 条第 1 款、第 386 条、第 383 条第 1 款第（一）项、第 2 款、第 57 条第 1 款的规定，判决认定被告人成克杰犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

上诉人成克杰上诉提出的主要理由为：(1) 一审判决认定其与李平为结婚准备钱财，共同收受贿赂的事实不成立；(2) 不应当由其承担李平收受“好处费”的刑事责任；(3) 在银行为银兴公司、信托公司、桂信公司发放贷款过程中，其没有利用职权为这些公司谋取利益；(4) 其将周坤给予的财物交给李平，是让李平退还给周坤，并无受贿的故意；(5) 一审判决量刑过重，其有自首情节，并能写信给李平，要其退回5 000多万元财物，已挽回全部损失，希望二审法院予以从轻或减轻处罚。

上诉人成克杰的辩护人张建中的辩护意见为：(1) 一审判决认定成克杰利用职务便利，伙同李平为请托人谋取利益，收受钱财，以备婚后使用的证据不足；(2) 让成克杰对李平单独收受、占有财物的行为承担共同犯罪的责任，缺乏法律依据；(3) 各专业银行与地方政府没有领导和被领导关系，成克杰要求各专业银行为银兴公司、信托公司、桂信公司发放贷款，不属于利用职权为他人谋取利益；(4) 一审判决量刑过重。

上诉人成克杰的辩护人郭金海的辩护意见为：(1) 成克杰和李平的关系只是婚外情，一审判决认定成、李二人准备各自离婚后结婚，并接受周宁邦的建议，利用成克杰的职权“先赚钱，后结婚”的证据不足；(2) 一审判决认定成克杰对李平收受的“好处费”负有共同占有的责任，依据不足；(3) 应认定成克杰具有自首情节。

北京市第一中级人民法院在判决书中列举了认定本案事实的证据，列举的证据已在一审开庭审理时当庭宣读、出示并质证。在本院审理中，上诉人成克杰及其辩护人均未提出新的证据。本院对一审判决书所列证据予以确认。本院经审理认为，一审判决认定的事实清楚，证据确实、充分。

对于上诉人成克杰及其辩护人提出的一审判决认定成克杰与李平为结婚准备钱财，共同收受贿赂的证据不足、事实不成立的辩解和辩护意见，经查：证人李平的证言证实，成克杰多次与其商议各自离婚后结婚，由其出面联系项目，接受他人请托，由成克杰利用职权，为他人谋取利益，二人收取钱财，为今后生活做准备；证人周宁邦的证言证实，其听到成克杰与李平商议各自离婚后结婚，便提

议二人利用成克杰的职权，先赚钱后结婚；上诉人成克杰在侦查阶段对上述事实亦曾多次供述，其供述与李平、周宁邦的证言相符，能相互印证，一审判决认定上述事实，证据确实、充分。成克杰及其辩护人不能提出证据否定上述事实，成克杰的辩解和辩护人的辩护意见没有根据，本院不予采纳。

对于上诉人成克杰及其辩护人提出的一审判决认定成克杰对李平单独收受、占有财物的行为承担共同受贿的刑事责任缺乏法律依据的辩解和辩护意见，经查：在一审庭审中由公诉机关宣读、出示并经质证的证人证言、书证等证据证实，成克杰与李平接受周宁邦的提议，利用成克杰的职权，先赚钱后结婚。尔后，李平出面联系项目，接受他人请托，收受并保管"好处费"。成克杰利用职务便利，为请托人谋取利益，李平每次均将请托人许诺给予"好处费"和已收到"好处费"的情况告诉成克杰，所收取的"好处费"实际上为成、李二人共同占有，并非由李平单独占有。成克杰、李平具有共同受贿的故意和行为，李平经手收受并保管"好处费"是成、李二人共同受贿的分工。按照我国刑法的规定，二人已构成共同犯罪，成克杰对李平出面收受贿赂的行为，应负共同受贿的刑事责任。成克杰的辩解和辩护人的辩护意见无事实和法律依据，本院不予采纳。

对于上诉人成克杰及其辩护人提出的专业银行与地方政府没有领导和被领导关系，成克杰要求有关专业银行为银兴公司、信托公司、桂信公司发放贷款的行为，不属于利用职权为他人谋取利益的辩解和辩护意见，经查：在一审庭审中由公诉机关出示并经质证的证人证言、书证等证据证实，在当时的金融管理体制下，设立于广西壮族自治区内的中国建设银行广西分行、中国工商银行广西分行、中国银行广西分行有关负责人员的任命，要征得自治区党委和政府的同意，成克杰作为自治区党委的负责人和自治区政府的主要负责人，与设立于自治区内的上述三家银行及其负责人具有管理制约关系，其帮助请托人从银行获取贷款，属于利用职务上的便利。成克杰的辩解和辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

对于上诉人成克杰提出的其将周坤给予的财物交给李平，是让李平退还周坤，并没有受贿故意的辩解，经查：周坤的证言证实，其将上述财物送给成克杰时，成并没有不接受的意思表示；李平的证言证实，成克杰将上述财物交给其，是让其保存；上诉人成克杰在侦查期间也多次供认，他将上述财物交给李平是让李平保存。成克杰在一审庭审中对此未予否认，在二审中虽然加以否认，但提不出任何事实根据，成克杰的辩解不能成立，本院不予采纳。

对于上诉人成克杰及其辩护人提出的成克杰具有自首情节，且能写信给李平，积极配合有关部门追回涉案全部财物，一审判决量刑过重的辩解和辩护意

见，经查：成克杰是在群众揭发、有关涉案人员已作如实供述和有关部门调查取证后，才逐步交代了其受贿的事实。不属自动投案；且成克杰在庭审中不能如实供述受贿事实，对曾经供述过的部分犯罪事实，也加以否认，说明其毫无认罪悔罪表现。因此，成克杰不具备自首要件，自首不能成立。虽然成克杰曾写信给李平，表示愿意将他和李平的受贿赃款退回，但本案的赃款是在李平积极配合下追缴的，成克杰的退赃表示，对本案赃款的全部追缴未起任何实质性的作用。一审法院根据成克杰犯罪的事实、性质、情节及对于社会的危害程度依法作出的判决，量刑适当。成克杰的辩解和辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

本院认为，上诉人成克杰身为国家工作人员，利用担任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席的职务便利，伙同李平或单独接受他人请托，为他人谋取利益，非法收受财物，其行为已构成受贿罪。一审判决认定成克杰犯受贿罪的事实清楚，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法。成克杰利用职务之便收受巨额贿赂；严重侵害了国家工作人员职务的廉洁性，败坏了国家工作人员的声誉。严重破坏了国家机关的正常工作秩序，犯罪情节特别严重；应依法惩处。根据成克杰犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第（一）项的规定，裁定如下：

驳回成克杰的上诉，维持原判。

本裁定依法报请最高人民法院核准。

审判长：王明<br>
审判员：谭京生<br>
审判员：李岩<br>
2000 年 8 月 22 日<br>
北京市高级人民法院<br>
书记员：闫颖<br>
书记员：周川

# 附录三：

## 中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书

（2000）刑复字第 214 号

被告人成克杰，男，1933 年 11 月 13 日出生，壮族，广西壮族自治区上林县人，大学文化，原系第九届全国人民代表大会常务委员会副委员长，曾任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席，住广西壮族自治区南宁市新城区新城所七星路片区党委大院七星路 128 号。2000 年 4 月 25 日被逮捕。现在押。

北京市第一中级人民法院审理北京市人民检察院第一分院指控被告人成克杰犯受贿罪一案，于 2000 年 7 月 31 日以（2000）一中刑初字第 1484 号刑事判决，认定被告人成克杰犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，被告人成克杰不服，提出上诉。北京市高级人民法院于 2000 年 8 月 22 日以（2000）高刑终字第 434 号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请本院核准。本院依法组成合议庭，对本案进行了复核，全面审查了一审判决、二审裁定认定的事实是否清楚，证据是否确实、充分；适用法律是否正确；被告人犯罪的情节、后果和危害程度，有无法定、酌定从轻、减轻或者从重处罚的情节；是否必须判处死刑立即执行；一、二审审判程序是否合法。合议庭评议后，经审判委员会第 1128 次会议讨论并作出决定。现已复核终结。

经复核查明：被告人成克杰与其情妇李平（香港居民，另案处理）于 1993 年底商议各自离婚后结婚，并商定先赚钱后结婚，利用成克杰的职务便利，为他人谋取利益，收受他人财物，以备婚后使用。1994 年初至 1997 年底，成克杰从李平处得知，如帮助广西银兴实业发展公司（以下简称银兴公司）承建南宁市江南停车购物城工程和广西民族宫工程及解决建设资金等，可获得“好处费”，便接受银兴公司负责人周坤的请托，利用职权，将银兴公司划归自治区政府办公厅管理；将南宁市江南停车购物城工程交由银兴公司承建，并要求自治区计委尽快为该工程立项；指示南宁市政府向银兴公司低价出让该工程 85 亩用地；将广西民族宫工程交由银兴公司与自治区民委共同开发建设，并将该项目法人由原定的自治区民委改为银兴公司；多次要求中国建设银行广西分行、中国工商银行广西

分行向银兴公司发放贷款共计人民币 1 亿元；指令自治区房改办公室将房改基金人民币 2 500 万元违规借给银兴公司；两次批示自治区财政厅将财政周转金人民币 5 000 万元借给银兴公司；为银兴公司向国家计委申请到项目补助款人民币1 300万元。为此，李平经手收受银兴公司贿赂的人民币 29 211 597 元、港币 804 万元，将其中人民币 1 150 万元付给为其转取贿赂款的港商张静海，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。在此期间，成克杰还伙同李平收受周坤贿赂的人民币、港币、美元、黄金钻戒、金砖、工艺品黄金狮子、劳力士手表等款物，合计人民币 559 428 元，其中成克杰经手收受的款物合计人民币 45.5 万余元，均交由李平保管。

1994 年 7 月至 10 月，成克杰从李平处得知，如帮助广西信托投资公司及其下属的广西桂信实业开发公司联系到贷款，可获得“好处费”，便接受上述两家公司的请托，利用职务上的便利，要求中国建设银行广西分行和中国银行广西分行分别向上述两家公司发放贷款计人民币1 600万元。贷款均由广西桂信实业开发公司使用。为此，李平经手 2 次收受广西桂信实业开发公司贿赂的人民币共计 60 万元，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

1997 年 7 月，成克杰从李平处得知，铁道部隧道工程局通过广西桂隆经贸有限公司董事长刘新民联系承建岩滩水电站库区排涝拉平隧洞工程，如帮助铁道部隧道工程局承建到该工程，可获得“好处费”，便接受请托，利用职权，指令自治区移民办将该工程交由铁道部隧道工程局承建；在得知该工程已通过招标确定承建单位后，又直接干预招标工作，违规改变招标结论，使本应承建标的较低的上游段工程的铁道部隧道工程局，承建到了标的较高的下游段工程。为此，李平经手收受铁道部隧道工程局通过刘新民贿赂的人民币 180 万元，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。

1994 年初至 1997 年 4 月，成克杰通过李平接受甘维仁的请托，利用职权，使甘维仁由广西合浦县副县长先后晋升为广西北海市铁山港区区长、自治区政府副秘书长。为此，李平经手 4 次收受甘维仁贿赂的人民币 27 万元，并将收受贿赂款的情况告诉成克杰。此外，1996 年初至 1997 年 2 月，成克杰还接受北海市公安局海城分局原局长周贻胜和自治区计委服务中心原主任李一洪的请托，利用职权，向有关部门推荐周贻胜担任北海市公安局局长，使李一洪晋升为自治区政府驻京办事处副主任。为此，成克杰收受周贻胜贿赂的美元 3 000 元、李一洪贿赂的人民币 1.8 万元，收受的 3 000 美元交给李平保管。

综上，成克杰单独或伙同李平收受贿赂款物合计人民币 41 090 373 元，案发后，已全部追缴。

一审判决、二审裁定认定的上述事实，有一审开庭时宣读、出示、质证并查证

属实的证人证言、物证、书证、鉴定结论等证据证实，被告人成克杰亦曾供述。以上证据已在一审判决书中分项列述，确实、充分，足以认定，本院依法予以确认。

本院认为，被告人成克杰在担任中共广西壮族自治区委员会副书记、广西壮族自治区人民政府主席期间，利用职务上的便利，为他人谋取利益，单独或伙同李平非法收受他人财物，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 385 条第 1 款的规定，已构成受贿罪。成克杰与李平共谋为各自离婚后结婚聚敛钱财，由李平出面与请托人联系请托事项并收取贿赂款，由成克杰利用职务上的便利，为请托人在承接工程、解决资金、职务晋升等事项上谋取利益，成克杰主观上具有与李平共同收受贿赂的故意，客观上具有利用职务便利为请托人谋取利益并与李平共同收受贿赂的行为，因此，成克杰的行为具备了共同受贿犯罪的主客观要件。成克杰、李平共同受贿的款物由李平保管，其中大部分款物由李平经手收受，这是二人共同受贿犯罪的分工，这些款物未由成克杰经手收受和保管，并不影响对成克杰受贿犯罪的认定。成克杰作为高级领导干部，利用职务上的便利，进行权钱交易，收受巨额贿赂，受贿数额特别巨大；其行为严重侵害了国家公职人员职务行为的廉洁性，严重损害了国家公职人员的声誉，严重破坏了国家机关的正常工作秩序，造成了极为恶劣的社会影响，犯罪情节特别严重，应依法惩处。虽然成克杰曾表示愿意将受贿赃款退回，但本案的赃款是在李平的配合下被追缴的，成克杰的退赃表示，对本案赃款的追缴未起到任何实质性的作用，且赃款的追缴，并不能挽回成克杰的受贿行为对国家所造成的巨大损失和由此产生的极为恶劣的社会影响，成克杰不具有法定从轻、减轻处罚情节。一审判决、二审裁定认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当。一、二审审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 199 条和《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 285 条第（一）项的规定，裁定如下：

核准北京市高级人民法院（2000）高刑终字第 434 号维持一审以受贿罪判处被告人成克杰死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事裁定。

本裁定送达后即发生法律效力。

审判长：刘家琛

审判员：任卫华

审判员：高贵君

2000 年 9 月 7 日

中华人民共和国最高人民法院

书记员：韩晋萍

# 胡长清受贿等案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、普通受贿与间接受贿的区别
六、贿赂与馈赠的区分
七、行贿罪自首的认定
八、结语
附录一：江西省南昌市中级人民法院刑事判决书
附录二：江西省高级人民法院刑事裁定书
附录三：中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书

## 一、选案理由

原江西省副省长胡长清因在江西任职期间大肆索贿、受贿、行贿，被江西省中级人民法院以受贿罪、行贿罪和巨额财产来源不明罪判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收全部财产，追缴非法所得161.77万元。根据江西省高级人民法院维持一审判决的终审裁定和最高人民法院下达的同意对胡长清执行死刑的刑事裁定书，2000年3月8日，胡长清在南昌市北郊瀛上刑场被执行死刑，从而成为中华人民共和国建国50年间因经济犯罪判处极刑的最高级别的政府官员。胡长清也曾不无自嘲地说："我可以载入史册了，到现在为止，我是建国以来被判处死刑的最高级干部。"反思胡长清案件，一方面它反映了我们党和国家严厉打击腐败分子的决心；另一方面，从学理研究的角度看，胡长清一案也为刑法理论研

究提供了典型的素材，特别是在审理的过程中，控辩双方就胡长清的行为是一般受贿还是斡旋受贿，受贿罪“职务便利”的范围如何界定，“不正当利益”的界定，以及如何区分贿赂与馈赠、胡长清行贿行为如何适用量刑情节等问题展开了激烈的争论。尽管经过审理，法院已经对争论双方的观点做出了取舍，并随着判决的生效和执行，为双方的争论在本案中划上了句号，但相关理论的争论并没有因此而终结，上述问题仍然是司法实践中困惑司法部门由来已久的问题。对这些问题进行进一步深入的探讨仍然具有重要的理论和实践意义。因此，该案入选本书。

## 二、基本案情

胡长清，男，1948 年 9 月 15 日出生，汉族，湖南省常德市人，大专文化，原系江西省人民政府副省长、江西省第九届人民代表大会代表，曾历任国家税务总局办公室主任、国务院宗教事务局副局长、江西省人民政府省长助理。1989 年成立国家税务总局时，经有关领导推荐，时任国家保险总公司办公室负责人的胡长清被调入国家税务总局担任办公室副主任，第二年他升为办公室主任。直到 1993 年，胡长清又被调入国家宗教事务局任副局长。1995 年 3 月，适逢中央要从国家机关各部委选调一些司局级干部下派省里担任领导工作，胡长清经过考虑报名参加选调，从而开始了其担任江西省省长助理的政治生涯。1998 年 8 月，胡长清在出席世界博览会期间神秘失踪，从而引起了江西省高层的紧急关注，并将此情况报告了中央。胡长清因此也因伪造证件而被立案审查，从而一宗震惊全国的腐败案件浮出了水面。具体案情如下：

### （一）关于受贿

经查，自 1994 年至 1999 年间，胡长清利用其担任江西省人民政府副省长、省长助理的职务便利，先后 87 次收受、索取他人财物，共计 544.25 万元人民币，其中索取现金 2 万元人民币，并多次为请托人谋取利益。

1997 年 4 月至 1999 年 7 月，胡长清先后 25 次收受江西奥特汽车租赁有限公司总裁周雪华人民币 144 万元，港币 85 万元，美元 2.5 万元，白金钻石戒指 2 枚，白金钻石领带夹 2 只，黄金钻石手链 1 条，“劳力士”手表两块，“帝舵”手表 1 块，白金钻石耳环 1 对，收受物品价值 65.056 万元人民币。胡长清在收受周雪华财物期间，应周雪华的要求，利用职务上的便利，先后 12 次向南昌市城市信用合作社负责人，中国农业银行江西省分行副行长，江西省粮食局局长，江西省公安厅交通警察总队总队长等有关人员打招呼，为周雪华违规贷款、汽车上牌照（未办理控购手续）、申请设立“江西奥特客运停车场”等事项谋取利益，

致使国家利益受到重大损失，512万元的贷款至案发时仍未归还，同时由于汽车未办理控购手续，使国家损失11.325万元。

1995年上半年至1999年7月，胡长清先后9次收受深圳裕隆实业公司林树生人民币21万元、港币9万元、美元2万元，珍珠项链2条，价值人民币8千元。胡长清在收受林树生财物期间，于1997年下半年，应林树生的要求，利用职务之便，为林树生在深圳代理销售南昌卷烟厂生产的“金圣”牌香烟一事，宴请南昌卷烟厂厂长，并要其给予支持。

1996年下半年至1999年7月，胡长清先后7次收受、索取江西金阳光企业集团有限公司李卫东人民币16万元、美元2万元，松下29吋彩电、VCD影碟机各1台，价值人民币1万元。其中索贿2万元。胡长清在收受、索取李卫东财物期间，利用职务之便，先后为其企业集团公司注册、开发房地产项目等事项，向江西省工商行政管理局局长、南昌青山湖宾馆总经理、南昌铁路局打招呼，要求予以支持。

1998年春节至1999年7月，胡长清先后8次收受江西伟梦集团公司李梦平人民币19万元、美元1.5万元。在收受李梦平财物期间，胡长清利用职务之便，先后给江铃汽车集团进出口公司总经理、中国农业银行江西省分行副行长、江西省粮油食品进出口公司、南昌市公安局副局长等打招呼，要求给李梦平的公司担保、开具银行承兑汇票、购买闲置仓库及要求公安局放人等，从而为李梦平谋取利益。

1996年春节前至1998年4月，胡长清先后8次收受香港百利福国际有限公司百利福（江西）房地产开发有限公司林建福人民币14万元，“劳力士”男、女手表各1块，价值人民币17.101 7万元。胡长清在收受林建福财物期间，于1996年8月，应林建福的要求，利用职务之便，为解决香港百利福国际有限公司百利福（江西）房地产开发有限公司与江西省玉山县在承建安居工程中产生的矛盾，以江西省政府办公厅的名义召集上饶地区领导及省政府有关部门负责人进行协调，并下发了会议纪要。1996年10月，胡长清指派省政府有关部门人员到玉山县检查安居工程的实施情况。

1997年10月至1999年8月，胡长清先后10次收受南昌海威实业有限公司周华新、熊海根人民币17.5万元，白金钻石项链1条，白金钻石戒指1枚、摩托罗拉998型移动电话2部，以上物品价值人民币3.44万元。胡长清在收受周华新、熊海根财物期间，先后给南昌铁路局副局长、江西省公安厅交通总队总队长打招呼、写信，帮助周华新、熊海根销售面料、放行“调扣”的轿车档案及承接江西省建设银行营业部服装制作业务等，从而为其谋利。

1997年9月至1999年6月，胡长清先后4次收受景德镇市焦化总长张力祖人民币17万元。并在收受张力祖财物期间，先后给南昌铁路局局长、中国农业银行江西省分行行长打招呼，分别为张力祖侄女调动工作、银行贷款等事项为张力祖谋利，并给景德镇市市长、副市长打电话，要求对张力祖予以关照提拔。

1997年5、6月至1998年上半年，胡长清先后2次收受江西金威集团有限公司晏广保人民币15万元，并在收受晏广保财物期间，应晏广保的要求，为其妻子、儿女赴香港定居申请护照及亲属分配工作之事，先后给江西省公安厅出入境管理处处长、江西省萍乡市有关领导作批示。

1996年下半年，胡长清为帮助胡慧兰（胡长清的情妇）购买住房，通过江西省商业储运公司经理等在南昌购得价值人民币10.52万元的商品房一套。1997年1月7日，胡长清应上述人的要求，利用职务之便，召开了由新建县县委、县政府主要领导参加的协商会，强行将江西省商业储运公司在新建县购地80亩的单价由原商定的每亩12万元降至8万元。为感谢胡长清，江西省商业储运公司经理将所购商品房送给胡长清，并把胡慧兰预先支付的5万元归还给胡长清。

1998年春节前至1999年7月，胡长清先后5次收受江西通用金属材料公司晏广华人民币4.5万元，并在收受晏广华财物期间，答应帮助其办理汽车过户，同时应晏广华的要求，为江西金威集团有限公司要求新余钢铁公司调整钢材出口品种、降低价格及支付货款，给新余钢铁公司总经理打电话及批示，使得新余钢铁公司供给江西金威集团有限公司的钢材价格，在原合同的基础上被迫下调了100元/吨，造成价值24.564 14万元人民币的国有资产的损失。

1995年8、9月至1998年春节，胡长清先后3次收受珠海易初电子技术有限公司易法锡人民币3.5万元。在收受易法锡财物期间，胡长清利用职务便利，于1996年下半年帮助易法锡在江西寻找乡镇企业入伙上市。

1995年5月至1997年9月，胡长清先后两次收受上海大弓实业有限公司卢卫国人民币2.5万元。胡长清在收受卢卫国财物期间，利用职务之便，先后3次给国务院宗教事务局法规处处长、江西省国税局副局长打招呼，帮助卢卫国承接宗教场所登记证、防伪印章及江西省国税局税务登记证的印刷业务。

1999年5月，南昌市创全国卫生城市期间，江西省高等公路管理局职工刘雪英与城管人员发生纠纷，被打伤住院，胡长清获悉后，打电话给南昌市政府副秘书长，要求严肃处理。为感谢胡长清的帮助，1999年7月，刘雪英在北京送给孙金元（胡长清的妻子）2万元人民币。事后，孙金元将此事告诉了胡长清。

1998年6月，江西省玉山县县长彭传巧为调任江西省上饶地区国税局局长之职，请胡长清帮忙。胡长清利用职务之便给江西省国税局局长打招呼，推荐彭

传巧担任上饶地区国税局局长。1998年11月，彭传巧到赣江宾馆胡长清的住处，以胡长清为其题写了书名（实际未使用胡长清题写的书名），支付稿费为名，送给胡长清金额2万元人民币、户名为“高飞”的邮政储蓄存折，胡长清收下后将此存折交给了胡慧兰，胡慧兰事后将此款全部取出。

1998年11月，海南省万泉石油有限公司经理艾承宏为中国工商银行新余市支行原行长朱某被查一事，找胡长清帮忙，为此，送给胡长清人民币2万元。胡长清在收受财物后，利用职务便利，给中国工商银行江西省分行行长谢芳森打招呼，要求对朱某不予以处理。

起诉书还指控，1993至1995年间，胡长清先后3次收受海南省三亚市国税局干部符儒新人民币1.3万元。胡长清在收受符儒新财物期间，利用职权及地位形成的便利条件，为符职务升迁一事，先后向海南省国税局筹备组负责人、计财处处长打招呼，要求提拔符。

### （二）关于行贿

胡长清为了自己职务提升及工作调动，先后5次向中央组织部副局级干部辛某某、中央组织部副处级干部王某、《中国纪检监察报》副主编刘某某行贿，共计人民币8万元。

### （三）关于巨额财产来源不明

司法机关在侦查过程中，扣押、冻结胡长清现金、存单、房屋及贵重物品等财产，共计价值人民币793.32万元，加上胡长清用于行贿的人民币8万元，共计801.32万元。在上述款物中，胡长清收受贿赂款物价值人民币544.25万元，本人能说明合法来源的有人民币95.3万元，尚有人民币161.77万元超过合法收入的巨额财产不能说明合法来源。经查证，亦无合法来源的证据。

## 三、裁判要旨

胡长清在担任省人民政府副省长职务期间，对全省各级政府的工作具有法定领导权，这种职权是统一不可分割的。省政府组成人员的日常分工，只是行使这一职务的方式，而不是将职权分割。换言之，行为人在担任副省长职务期间，虽不直接分管交通、毕业生分配等工作，但对这些本属于政府职能范围内的事项仍具有领导职权，在这些范围内为他人谋利，应属于利用了职务便利。行为人在其不分管的部门为他人谋利时，均批示或要求有关部门或下级政府办理，而并非斡旋他们办理。就此收受他人财物的行为，应适用《刑法》第385条的规定定性。至于所谋之利是否正当，则不影响本罪的构成。

行为人与他人相识多年，在收受他人财物的同时，也回送了一些物品，而他人给行为人送钱时并未请托行为人为自己职务升迁帮忙；行为人也不是因接受请托为其谋利而收受财物，且他人送钱给行为人的时间与其被按正常程序提拔的时间间隔数年，而行为人个人地位所形成的便利条件，并不足以影响到他人所属组织机构的人事任免，则不能将收受他人的行为认定为受贿。

## 四、引发的理论问题

综合考察胡长清一案，我们可以发现，控辩双方争议的焦点主要在于以下几个方面，本文在以后的论述中也将围绕这几个问题展开：

### （一）普通受贿与间接受贿的区别

胡长清在上诉时称其收受财物并替他人谋取利益，其中有的并未利用其分管工作的便利，故对其行为应适用《刑法》第 388 条来定性，而为他人所谋之利均为正当利益，所以，这些财物不能认定为受贿数额。而江西省高级人民法院则认定胡长清通过自己不分管的省内下属部门为他人谋取利益，实质上仍是利用其职务上的便利，不以为他人谋取不正当利益为要件。由上我们可以看出，对该问题作出正确法律界定的首要前提即是明确《刑法》中普通受贿与间接受贿的区别，并正确地界定普通受贿与间接受贿职务要件的内涵及范围，同时对不正当利益的界定确立合理、可行的标准。

### （二）贿赂与馈赠各自的特点及其具体认定

对于胡长清收受易法锡、符儒新财物的行为如何定性，控辩双方曾有针锋相对的争论。根据检察机关的指控，胡长清收受易法锡、符儒新财物的行为构成受贿。而胡长清及其辩护人多次辩称胡长清收受易法锡、符儒新财物的行为应是正常的人情往来，属合法馈赠，而不是贿赂。南昌市中级人民法院最后认定胡长清收受易法锡财物的行为构成贿赂，而其收受符儒新的财物则属馈赠，不构成犯罪。可见贿赂与馈赠的区分直接关系到对行为人罪与非罪的界定，正确的区分二者，不仅是对本案，而且对于所有贿赂犯罪都具有重要的现实意义。

### （三）行贿罪自首的认定

在胡长清一案中，胡长清及其辩护人提出，胡长清有检举揭发他人受贿犯罪事实的行为，其行为构成立功，应予减轻处罚。而江西省高级人民法院经审查查明，胡长清检举他人受贿，收受的则是胡长清本人的贿赂，因此，胡长清的行为不构成立功，但具有《刑法》第 390 条第 2 款规定的情节，在量刑时应予考虑。因此，可以看出，对胡长清行贿行为的性质如何认定，如何适用《刑法》第 390

条第 2 款的规定，以本案为基础进行探讨，具有重要的理论意义和现实意义。

## 五、普通受贿与间接受贿的区别

### （一）普通受贿与间接受贿比较概述

受贿罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益的行为。本罪的客体是国家工作人员职务行为的不可收买性；客观方面表现为国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物为他人谋取利益；或者在经济往来中违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费归个人所有；或者利用本人职权或地位形成的便利通过其它国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的行为。受贿罪是“身份犯”，因此，本罪的主体必须是国家工作人员。无此特殊身份的人，只可能构成受贿罪的共犯。在主观方面，本罪只能由直接故意构成，即明知自己利用职务上的便利条件索取他人财物，或者收受他人财物为他人谋取利益会损害国家工作人员职务行为的廉洁性，侵犯国家机关、单位的正常管理活动，却希望这一结果的发生。①

刑法关于受贿罪的规定主要体现在《刑法》第 385 条和第 388 条。《刑法》第 385 条规定，“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪”。同时，《刑法》第 388 条规定，“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处”，即国家工作人员不是利用自己的职务，而是利用别人的职务为他人谋取不正当利益，索取或收受他人财物的行为。一般说来，前者是刑法对普通受贿的规定，后者是刑法对间接受贿（也有学者称之为斡旋受贿）的规定。由以上的规定可以看出，普通受贿与间接受贿在构成上存在很大的差别，也正是因为如此，在认定时必须严格区分普通受贿与间接受贿。在胡长清一案中，控方和辩护方曾围绕胡长清利用自己担任江西省副省长的职务地位，给下级部门有关人员打电话或者写批示，从而为请托人谋利应该适用普通受贿条款还是间接受贿条款展开过激烈的争论。

总体而言，普通受贿与间接受贿既有共同点又有不同点。就普通受贿与间接受贿的共同点而言，主要体现在以下几个方面：（1）二者侵犯的客体相同，即都是国家机关工作人员职务行为的不可收买性。（2）二者的犯罪主体相同，即都要

---

① 参见高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社 2002 年版，第 801—836 页。

求是国家工作人员才能构成。包括国家机关中从事公务的人员、国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、人民团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员。(3) 二者在犯罪构成的客观方面存在相同之处，即二者都要求索取或收受了请托人的财物，且除了普通受贿中的索贿行为外，都要求为请托人谋取利益。受贿罪的本质即是权钱交易，客观方面是受贿罪本质特征的集中体现，无论是普通受贿还是间接受贿，其在客观方面的权钱交易的共同性决定了其归属于受贿罪的本质。

但是，普通受贿与间接受贿又存在明显的不同，主要表现在：(1) 二者在客观方面的职务要件要求不同，根据《刑法》第 385 条的规定可以看出，普通受贿要求国家工作人员利用自己职务上的便利条件为请托人谋取利益；而间接受贿中的职务要件则是国家工作人员利用本人职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员的职务上的行为，为请托人谋利。(2) 二者对为他人谋利中关于利益性质的要求不同，普通受贿中，无论行为人接受请托为请托人谋取的利益正当与否，行为人的行为均符合受贿罪的构成。而间接受贿则要求只有当行为人接受请托为请托人谋取的是不正当利益时才能构成受贿罪。综观胡长清一案，我们也可以看出，控辩双方的争论也正在于普通受贿与间接受贿的职务要件的认定和利益性质的认定上，特别是案件当中关于胡长清收受符儒新 1.3 万元如何认定时，这两个问题更是被凸显出来，普通受贿和斡旋受贿的区分和具体认定也主要体现在这两个问题的正确认定上，本文以胡长清一案为依托，也将主要就这两个问题展开讨论。

### (二) 普通受贿与间接受贿职务要件的界定

1. 普通受贿与间接受贿职务要件的观点聚讼

根据《刑法》第 385 条的规定，构成普通受贿刑法典仅规定行为人必须“利用职务上的便利”，而对于“职务上的便利”并没有作详细地解释和说明，因此，也造成了刑法理论界对“职务上的便利”理解上的分歧。存在的主要观点有：[①]

(1) 利用职务上的便利在含义上包括彼此联系的两个方面，①基于本人职务身份而享有的职权；②由于职务派生出来的工作便利。利用工作便利多发生在有第三者存在的场合。行为人与第三者之间虽然不存在行政上的隶属关系和领导关系，但却存在着业务上的依赖关系，横向的经济合作关系，或工作上的相互制约关系。行为人虽然不能以行政领导的身份对第三者发号施令，但其担任的职务所

① 参见肖介清：《受贿罪的定罪与量刑》，人民法院出版社 2000 年版，第 113 页。

具有的地位，对第三者存在着现实的影响，这种影响力就是受贿人得以利用的工作便利。利用他人的职权只能以自己的职务为基础，与自己的职务活动有一定关联的才属于利用职务上的便利。

（2）利用职务上的便利，①包括利用职权范围内的权利所造成的方便条件；②利用包括与工作相联系的便利所造成的方便条件。前者指国家工作人员本身职务所具有的在一定范围内直接起作用的条件，后者指国家工作人员在工作中与本单位或其他单位发生联系的情况下而产生的一切便利条件。

（3）利用职务上的便利包括两种情况：①通过受贿人本身职务所造成的便利条件；②受贿人利用他人职务的便利，即利用本人的职务便利和利用他人的职务便利。受贿人凭借自己的职务影响或者人事、人情关系，向其他国家工作人员要求给予行贿人以利益。

（4）利用职务上的便利包括三层含义：①直接利用职权的方便条件；②行为人利用自己职务的影响，即职权范围的延续；③行为人利用了原有职务的影响即职权时间的延续。

（5）利用职务上的便利不包括与工作相关联的便利所造成的方便条件，工作便利是一个很不准确的概念，把工作便利作为受贿罪的构成要件，不仅没有立法依据，在实践中也会混淆罪与非罪、此罪与彼罪的界限。

由上可知，关于“职务上的便利”的理解存在着很大的差异，直接影响到界定受贿罪范围的大小，并进而影响到司法实践的认定。对《刑法》385 条普通受贿中“利用职务上的便利”的不同理解也直接影响到《刑法》第 388 条间接受贿职务要件的理解，关于《刑法》第 388 条规定的间接受贿的职务要件“利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为”，刑法理论界存在着激烈的争论，主要观点有：

（1）制约论。即认为只有在斡旋者与被斡旋者之间具有制约关系时，斡旋者才属于利用本人职权和地位形成的便利条件。这是对间接受贿职务要件提出比较早，而且有较大影响的一种观点，其中又可以分为两种观点：完全制约论和限制制约论，二者的主要区别在于对制约关系范围的界定宽狭不同。

持完全制约论的学者认为在斡旋受贿中，行为人与其他国家工作人员之间必须存在着制约关系，这种制约关系表现为：①纵向制约关系，即上级对下级的制约关系。这种制约关系包括从属关系和非从属关系两种。在从属关系情况下，上级可以通过其领导地位要求下级实施职务行为，为他人谋取非法利益。在非从属关系中，上级不能直接命令下级国家工作人员作为或不作为某种职务行为，但是可以利用其职权、地位形成的便利条件施加某种影响或压力，驱使其为一定的职

务行为，以满足请托人要谋取非法利益的请求，从而收受财物。②横向的制约关系，既无隶属关系的同级国家机关工作人职务之间的制约关系。同级机关单位由于职能分工不同，一些单位或部门与其他单位或部门休戚相关，从而也存在着一定的制约作用。这种同他人、他单位具有制约关系的机关、单位的国家工作人员就有可能利用其职权或地位形成的便利条件，给对方施加影响或压力，通过受其制约的机关单位的国家工作人员的职务行为，收受贿赂。①

持限制制约论观点的学者则认为，虽然制约关系是《刑法》第 388 条斡旋受贿职务要件的基础，但是斡旋受贿应排除两种关系：①领导关系。利用领导关系为请托人谋取利益收受财物的，应按一般受贿处理；②亲朋好友关系。利用亲朋好友关系为请托人谋取利益收受财物的，不属于利用职权与地位的斡旋受贿的范畴。利用职权和地位斡旋的核心，是正确把握斡旋者与被斡旋者之间的关系，从实践中看，主要表现为：一是监督关系，监督是指斡旋者依照法律、规章具有检查、质询、接受报告、提出纠正意见等权力，有纵向监督关系和横向监督关系；二是制约关系，制约关系是斡旋者与被斡旋者在共同完成任务的过程中相互制衡的关系。如司法程序中侦查、公诉、审判的制约关系；③行业关系与被管理关系，管理者对被管理者有行政、业务上的处理权力。如税务机关对纳税人的征稽管理等；四是协作关系，协作关系是指斡旋者与被斡旋者共同完成某项事务者，具有共同利益的关系。② 也有学者认为间接受贿中的职务关系表现为职务上的制约关系、影响关系和协作关系，其中职务上的制约关系有包括横向的制约关系和纵向的制约关系，但纵向制约关系中的从属关系的制约关系应排除在间接受贿职务要件之外。同时利用血缘关系、姻亲关系、友谊，通过他人的职务行为而取得贿赂的不构成本罪。究其实质也是限制制约论主张的体现。③

（2）制约关系否定论，也即身份面子说。持该种观点的学者认为，“利用职权或者地位形成的便利条件”的行为人与第三人之间不存在职务上的制约关系，他以行为人的身份或面子为动力，即以身份或面子促使或影响第三人利用职务为请托人谋取利益。④ 刑法正是针对那些不具有制约、影响关系，但是利用了自己

---

① 参见游伟主编：《刑法理论与司法问题研究》，上海文艺出版社 2001 年版，第 569 页；鲜可铁主编：《国家工作人员经济犯罪界限与定罪量刑研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 143—144 页。

② 参见范春明：《贪污贿赂犯罪的法律适用》，人民法院出版社 2001 年版，第 97 页；刘生荣、张军、许道敏：《贪污贿赂罪》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 121 页。

③ 参见刘光显：《间接受贿的几个问题》，载丁慕英、李淳、胡云腾主编：《刑法实施中的重点、难点问题研究》，法律出版社 1998 年版，第 860、861 页。

④ 参见朱孝清：《论贪污受贿的几个问题》，载《人民检察》1998 年第 3 期。

的身份、面子，通过第三人为请托人牟利，确有社会危害性而《刑法》第 385 条又不能涵盖的行为，才增加了第 388 条，同时为避免扩大打击面，又增加了“谋取不正当利益的要件”。①

（3）影响说，即认为所谓“利用本人职权或地位形成的便利条件”，是指利用行为人职务对第三者具有非制约性的影响作用。这种影响力的程度还没有达到制约的程度，也就是请托人利益实现的根本原因在于第三者职务行为的行使，而不在于行为人职务的行使，其下限是超出亲友关系等一般社会关系的范围。在这种情况下，无论行为人对第三者职务具有制约作用或是不具有任何影响作用，第三者纯粹出于私人关系或因其他与职务无关的关系，而为请托人谋取利益的，都不是斡旋受贿。前者构成直接受贿，而后种情况则不构成受贿犯罪。②

由上可知，不同主张对间接受贿职务要件界定的范围各不相同，也导致间接受贿认定范围的不同。但是总观以上关于普通受贿职务要件和间接受贿职务要件的各种学说，不仅各种学说之间界限模糊，而且，普通受贿职务要件和间接受贿职务要件的界定之间也存在相互交叉、界限不清的情况，如在讨论《刑法》第 385 条普通受贿的职务要件时，有的学说把“他人的职务便利”也归入其中；而在讨论《刑法》第 388 条间接受贿的职务要件时，有的学者却又把从属性的领导关系也作为其表现形式之一，从而也导致了关于《刑法》第 385 条普通受贿和第 388 条间接受贿职务要件界定的交叉和混乱。

2. 普通受贿与间接受贿职务要件的理论界定

刑法对受贿罪的规定是一个完整、有机的整体，对各种受贿表现形式构成中的职务要件应联系起来考虑，进而才能准确地界定各自的职务要件的范围。因此，笔者认为，考察受贿罪职务要件内涵的首要前提便是弄清楚刑法规定的各种受贿表现形式之间的关系。界定《刑法》第 385 条普通受贿和第 388 条间接受贿的职务要件的范围，应该理清二者之间的关系。关于二者之间的关系，存在着不同的看法。一为从属性说，认为《刑法》第 385 条第 1 款受贿罪的定义，是对一切受贿行为的基本特征的概括，揭示了一切受贿行为的本质属性。该条第 2 款以及第 388 条规定的“以受贿论处”的行为，实际上是受贿的两种特殊形式，与其

① 参见赵秉志主编：《中国刑法实用》，河南人民出版社 2001 年版，第 1470 页；郭园园：《斡旋受贿的立法及其完善》，载《法学评论》2000 年第 3 期。

② 参见毕为、陈正云：《受贿罪若干问题司法认定研究》，载高铭暄、赵秉志主编：《刑法论丛》（第 4 卷），法律出版社 2000 年版，第 370—372 页。

他受贿形式具有共同的本质，只是为了明确和便于执行刑法，对二者作了专门规定。① 二为独立性说，即独立罪名说。认为《刑法》第385条和第388条的规定是相互独立的，《刑法》第388条的规定具有独立的地位，《刑法》第385条的规定和第388条的规定应分别具有独立的罪名，即受贿罪和斡旋受贿罪（或间接受贿罪）。② 笔者认为，《刑法》第388条不是从属于《刑法》第385条的特殊规定，而是具有独立地位的，在这个意义上，笔者赞成独立性说对《刑法》第388条基础地位的界定，但是笔者并不认同独立性说把《刑法》第388条理解为独立罪名的说法。笔者认为，在现行刑法的规定下，《刑法》第388条是受贿罪的一种独立的表现形式，与《刑法》第385条普通受贿一样是受贿罪的独立的表现形式，二者共同构成我国刑法中受贿罪的重要内容。理由如下：

（1）不同的构成条件和不同的调整范围决定了《刑法》第388条应当具有独立的地位。从《刑法》第388条的立法目的来看，设置《刑法》第388条间接受贿的初衷正是为了惩治那些《刑法》第385条无法涵盖而又具有相当的社会危害性必须以刑法进行规制的受贿行为；同时，从法律规定来看，《刑法》第388条规定的间接受贿不仅具有不同于《刑法》第385条普通受贿的职务要件，而且在构成上明显严格于普通受贿。所以，无论是从设置《刑法》第388条的初衷还是从现行《刑法》第388条的规定来看，《刑法》第388条规定的间接受贿都应该具有独立的地位。

（2）承认《刑法》第388条的独立地位，并不等于承认其是独立的罪名。从本质上而言，其仍然是受贿罪的一种表现形式。从法条的规定来看，刑法明确规定对间接受贿行为“以受贿论处”，可见刑法立法原意是将这种行为以受贿罪定罪处罚，而不是作为独立于受贿罪的另一个新罪名。这也是受贿罪的本质特征——权钱交易所决定的；同时，根据最高人民法院1997年12月9日发布的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》，也未将其规定为独立的罪名。所以，“间接受贿犯罪不能成为一种独立于受贿罪之外的新罪，而仍然应当以受贿罪的一种表现形式对待”。③

（3）对于《刑法》第388条的提法，笔者赞成使用间接受贿的提法。从词义上来理解，根据《现代汉语词典》的解释，“斡旋”是指“调解，从中斡旋，解决双方的争端”，而“间接”的含义则是“通过第三者发生关系的（跟‘直接’

---

① 参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（下），中国方正出版社2001年版，第1749页。

② 参见刘光显：《间接受贿的几个问题》，载丁慕英、李淳、胡云腾主编：《刑法实施中的重点、难点问题研究》，法律出版社1998年版，第856页。

③ 高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社2002年版，第831页。

相对）”。从两个词的词义上看，“斡旋”只是表现了斡旋者的一种居间的作用，而“间接”则更体现了对第三者的借助、利用关系。《刑法》第388条所规定的正是对于自己职务范围之外的事项，通过第三者的职务而为请托人谋利的情况，因此，从词义上看，“间接”受贿一词更符合《刑法》第388条的规定；同时，从国外关于斡旋受贿和间接受贿的规定来看，斡旋受贿罪是指，“公务员或者非公务员接受请托之后，斡旋或者要求其他人实施违背职务的行为，或不履行职责，本人收受贿赂的行为。”可见，在国外的斡旋受贿罪中并没有对斡旋者本人职务要件的限定；间接受贿罪是指，“具有一定地位、影响势力的人，允诺或实施运用自己的地位影响和势力，促使公务员履行或不履行职务上的行为，而要求、收受请托人贿赂的行为”。如罗马尼亚、奥地利、加拿大等。① 可见，国外的间接受贿罪更符合我国《刑法》第388条规定的对受请托人职务要件的要求。因此，笔者更赞成对《刑法》第388条间接受贿的称呼。综上所述，笔者认为，《刑法》第388条是一种独立的受贿形式，和《刑法》第385条的规定一起共同构成了我国关于受贿罪的规定，《刑法》第385条规定了受贿罪的普通受贿形式和商业过程受贿形式，而《刑法》第388条则规定了受贿罪的间接受贿形式，三者之间既都体现了受贿罪权钱交易的本质，又各自具有自己的独立性，刑法规定的受贿罪罪名则是对上述三种受贿形式的统称。在厘清了普通受贿与间接受贿关系的基础上，我们进一步来界定各自职务要件的内容。

既然《刑法》第385条普通受贿和第388条间接受贿的关系是相互独立，相互平行的，那么在界定二者的构成范围时，必须根据各自的特征独立地进行界定，对于普通受贿和斡旋受贿的职务要件来说，在界定时必须分清楚二者的界限，在各自的范围内来界定各自的内涵。实际上，考察我国刑法关于“利用职务上的便利”的司法解释的沿革时，我们也可以得出这样的结论。1989年11月6日，“两高”在《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》（以下简称《解答》）中指出，“受贿罪‘利用职务上的便利’，是指利用职权或与职务有关的便利条件。‘职权’是指本人职务范围内的权力。‘与职务有关’是指虽然不是直接利用职权，但利用了本人的职权或地位形成的便利条件。”“国家工作人员不是直接利用本人职权，而是利用本人职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的，应以受贿论处。”新刑法典制订后对上述司法解释的条款予以了单独规定，即《刑法》第388条，那么

① 参见周其华主编：《中外反贪污、贿赂法比较研究》，经济科学出版社1999年版，第23页。

上述的司法解释是否还应适用？对此，笔者持否定的态度。因为从严格的语义上讲，“利用职务上的便利”显然不能包含“利用与职务有关的便利条件”的含义。而通过司法解释而将其进行扩大解释，是“在我国刑法未有间接受贿的行为之规定而司法实践又迫切需要惩治这种受贿犯罪的情况下做出的，是为权宜之计”。[①] 也正因为这样解释十分牵强，所以新刑法才将上述解释的内容纳入刑法予以单独规定。因此，在新刑法典施行后，对于受贿罪客观要件的理解，不应再将“利用职务上的便利”包括“利用本人职权或地位形成的便利条件”了。1999 年 9 月 16 日，最高人民检察院公布实施的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》也体现了这一点，其明确规定，“‘利用职务上的便利’，是指利用本人职务范围内的权力，即自己主管、负责或者承办某项公共事务的职权及其所形成的便利条件”，从而正确划定了利用职务上的便利与工作上的便利及间接受贿职务要件的界限。因此，笔者认为，普通受贿中“利用职务上的便利”只能是国家工作人员本人现实的职务上的便利。这里的“职务上的便利”既包括国家工作人员担任领导职务而享有的概括的职务上的便利，行政领导权实际上是一种统一而不可分割的职权，具体体现在对下级的广泛的管理职能上，如日常管理、人事任免、晋级晋升、财务审计、人事分配、荣誉授予、违纪查处等各个方面，行政领导人利用这种概括的职务便利，实际上也是利用自身职务便利的体现；也包括国家工作人员担任具体行政职务时所依法享有的具体的职务上的便利。在胡长清一案中，辩护人认为胡长清在担任江西省副省长期间，收受他人财物，在许多情况下并未利用自己分管内的职务便利，而是利用自己职务或者地位形成的便利条件，通过其他国家公务人员的职务行为为请托人谋取利益的，因此，对其行为应适用《刑法》第 388 条间接受贿条款。法院在最后的认定中并未采纳辩护意见，认定胡长清的行为应适用普通受贿条款，其行为构成受贿罪。笔者认为，如上所述，在认定国家工作人员是否“利用了职务上的便利”时，不仅应看其具体的职权，还应注意其概括的职权范围。胡长清在担任江西省人民政府副省长职务期间，对全省各级政府的工作具有法定领导权，尽管省政府的组成人员存在日常分工，但是这只是他们行使职权的具体方式，其对全省享有的概括的职权的内容是不变的。因此，胡长清利用其担任江西省副省长的职位，给交通、银行等管辖内的部门打电话要求为请托人谋利，尽管他并未直接分管这些工作，但他对这些本属于政府职能内的事项具有领导职权，因此，其行为仍应属于利用职

① 龚培华、肖中华：《刑法疑难争议问题与司法对策》，中国检察出版社 2002 年版，第 594 页。

务上的便利。因此，有的学者将纵向上具有领导从属关系的情况划入斡旋受贿的制约关系中，实际上是对“职务上的便利”含义的误读，也是对普通受贿和斡旋受贿职务要件的误读。

进而言之，《刑法》第 388 条中“利用本人职权或者地位形成的便利条件”则是排除领导关系和亲友关系之后的职务上的制约关系，即限制制约论。

（1）“由于社会分工的精细化，任何一项职权都是有局限性的，同时也由于社会结构的整体化，权力一定程度和一定范围的延伸（即相关权力相互补充、相互制约）已成不容忽视的客观实在”。[①] 正是现实中形成的相互制约、相互协作的职务关系网构成了间接受贿中职务要件的基础，其他国家工作人员才会在受请托人要求为请托人谋取利益时予以考虑。因此，可以说制约关系的存在是间接受贿职务要件的基础。

（2）影响说和制约关系否定论存在不合理之处。持制约关系否定论（即身份、面子说）的学者将间接受贿中国家工作人员利用的“职权或地位形成的便利条件”理解为“身份、面子”与法律规定不符。如果第三人仅仅是照顾行为人是具有国家工作人员这一身份或所谓的面子，而为特定的职务行为为请托人谋取不正当利益，而不是基于行为人的职权或地位所形成的便利条件的影响，那么对于行为人来说，他并没有利用职权或地位形成的便利条件，而只是利用了其社会地位、影响力、私人交情等所谓的“面子”[②]，这与“单纯利用亲友关系，为请托人办事，从中收受财物”的情况在本质上而言是相同的，而后者依照《解答》的相关解释，行为人不构成受贿罪。显然身份、面子说与我国的法律规定不相符。同时，身份、面子说势必会扩大构成间接受贿的范围，从而把一些本不应予以刑法规制的行为纳入到刑法中，是有违刑法谦抑性这一基本原则的；另外，从国外关于间接受贿罪的规定来看，也要求以自己的职务为基础，如《捷克刑法典》第 183 条规定间接受贿是指“因允诺以自己势力影响公务人员执行自己职务，或者已给予这种影响，而要求或者收受贿赂的行为”。对于影响说，其将非制约影响关系作为间接受贿职务要件的基础也有不合理之处。笔者认为，《刑法》第 385 条的普通受贿和第 388 条的间接受贿的职务要件区分的关键在于职权范围的合理界定。普通受贿调整的是对属于自己职权范围内的事项而受贿的情况；而间接受贿则是指向于请托事项在自己职权之外，

① 刘立宪主编：《贿赂罪》，中国检察出版社 1996 年版，第 58 页。

② 参见苏文革：《受贿罪客观要件研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第 5 卷），法律出版社 2002 年版，第 93 页。

必须借助于第三者的职权才能实现的情况。影响说将非制约性的影响关系作为间接受贿职务要件的基础，就意味着将制约关系的情况都纳入了普通受贿的职务要件之中，而一些横向的制约关系中受托人显然对于请托事项并不具有概括的或具体的职权，行为人只是利用了其“职权或者地位形成的便利条件”通过第三人为请托人谋取利益的。因此，将横向的制约关系都归入“本人职务上的便利”的延伸中，显然是对普通受贿职务要件的扩大解释，从而也不能准确地界定间接受贿职务要件的范围；同时，制约关系本身也有强弱之分，在制约关系的强弱序列中寻找一个分界点来区分影响关系也是不现实的。因此，对于间接受贿中职务要件的界定笔者赞成“限制制约论”。

综上所述，《刑法》第 385 条普通受贿规范国家工作人员利用自己职务上的便利为请托人谋取利益的情况，而《刑法》第 388 条则将虽然请托事项不在自己的职权范围之内，但国家工作人员利用自己职权或者地位形成的便利条件，通过对其他国家工作人员职务的制约关系而间接为请托人谋利的情况纳入到刑法的处罚范围之内。二者共同构成了受贿罪职务要件的内容，并形成了较为严密的惩罚网络。简而言之，普通受贿与间接受贿的职务要件和犯罪构成的关系可以用下图表示：

| 职权关系 | 概括的职权 | 具体的职权 | 限制制约关系 | 非制约关系 |
|---|---|---|---|---|
| 范围 | 职权内 | | 职权延伸 | 职权外 |
| 性质 | 普通受贿 | 普通受贿 | 间接受贿 | 不构成受贿 |

从上表中可以看出，在具有纵向从属关系的领导关系中，由于领导权本来即属于上级国家工作人员的概括的职权，因此，上级国家工作人员利用其概括的职务上的便利为请托人谋利的，应适用普通受贿条款，而不是间接受贿条款；在请托事项属于国家工作人员具体职权范围内时，对其受贿行为当然应适用普通受贿。除此之外，当请托事项既不属于国家工作人员的概括职权也不属于其具体职权时，行为人只是利用了其职权或地位对其他国家工作人员的职务上的制约关系而为请托人谋取不正当利益时，行为人的行为应适用间接受贿的条款来判断是否构成受贿犯罪。而在行为人通过第三人的职务为请托人谋利，所利用的是完全和自己的职权或者地位无关，而仅仅是基于亲友关系或其他特殊的关系时，行为人的行为不构成受贿罪。

3. 普通受贿与间接受贿职务要件的特点及其具体认定

（1）普通受贿职务要件的特点及其具体认定。根据以上的分析，我们可以看出《刑法》第 385 条普通受贿中“利用职务上的便利”具有以下几个明显的特

征：①直接性。即行为人直接利用自己职务范围内的权利，实施或不实施一定的职务行为，为请托人谋利，而索取或收受请托人财物。[①] 在上下级的领导从属关系中，上级的旨意，下级不得不照搬执行，因而不可避免地加入被领导者的职务行为。然而这只是处理事务过程中的不同分工，各自都是直接行使其职权，只不过上级国家工作人员直接使用的是领导权，即其概括的职务上的便利；而下级国家工作人员则直接行使了其经办权或管理权，即其具体的职务上的便利。②范围的包容性。即行为人利用的职务上的便利，是其主管、负责或者承办某项公共事务的职权或形成的便利条件，既包括具体的职权范围，如税务机关的国家工作人员的职权、职责限定为具体的税务管理；同时还包括概括的职权范围，如国家机关行政领导对于整个辖区范围内的事务即享有一种概括的职权、职责。③现实性。即行为人为请托人谋利而利用的职务上的便利必须是行为人现实享有的职务上的便利，而不能是行为人过去或者将来的职务上的便利。如果行为人所利用的职务便利不是行为人所现实享有的，那么从本质上而言，行为人根本无职可渎，何谈构成受贿罪呢？

然而现实情况往往是复杂的，因此在具体认定是应根据具体的情况来分析。在职务要件外延的界定上，首先应把利用职务便利和利用工作上的便利区分开。“利用职务上的便利”是否包括“利用工作上的便利”这一问题的争论源于1985年最高人民法院、最高人民检察院《关于当前经济犯罪案件应用法律若干问题的解答（试行）》的相关规定，其中曾提到，“利用职权或工作便利”，由此引发了关于“工作便利”含义和科学性的争论。持肯定说和否定说的学者分而有之。持肯定说的学者认为，“利用职务上的便利”包括了“利用工作便利”，并对“工作便利”的含义作了种种界定。[②] 而持否定说的学者则认为职务与工作不是一个概念，后者的外延比前者宽，后者可以包容前者。利用工作便利的外延缺乏确定性，可做任意解释，在司法实践中容易引起混乱。[③] 笔者认为应将利用职务上的便利和利用工作便利严格的区分开来。职务是职权和职责的统一。而“工作”，根据《现代汉语词典》的解释，则是指“从事体力和脑力劳动”。可见，“工作”的外延广泛，并非仅指公务活动，“利用工作便利”甚至可以被理解为利用从事某种工作的时机，对工作环境的熟悉，在工作过程中建立的人际关系以及在工作单位偶然获得的某种信息等，如果把利用这些与工作有联系而产生的一切方便条

① 参见刘光显、张泗汉主编：《贪污贿赂罪的认定与处理》，人民法院出版社1996年版，第67页。

② 参见陈立：《受贿罪利用工作便利新论》，载《政治与法律》1998年第4期。

③ 参见肖慧芳：《论受贿罪》，载中国法学会刑法学研究会组织编写：《全国刑法硕士论文荟萃》（1981届—1988届），中国人民公安大学出版社1989年版，第783页。

件都看作是“利用职务上的便利”，“而不问这些条件的形成与行为人的职权、职责有无联系，从而都可以成为认定受贿罪的条件，也就从根本上背离了受贿罪的本质”。[①] 之后的相关司法解释也表明了应将受贿罪职务要件严格限定在“利用职务上的便利”的立场。如最高人民法院、最高人民检察院 1989 年 11 月 6 日发布的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》中即明确规定，“受贿罪中的‘利用职务上的便利’，是指利用职权或者与职务有关的便利条件”。因此，在界定利用职务上的便利时，必须将其与利用工作上的便利严格地区分开来。

在普通受贿职务要件的内涵的界定上，笔者以为，应严格围绕上述普通受贿职务要件的特点进行认定。在胡长清受贿案中，控辩双方曾就胡长清收受刘雪英 2 万元人民币是否构成受贿产生了激烈的争论。1999 年 5 月，南昌市创全国卫生城市期间，江西省高等公路管理局职工刘雪英与城管人员发生纠纷，被打伤住院，胡长清获悉后，立即以私人名义前往医院看望，并打电话给南昌市政府副秘书长，要求严肃处理。1997 年 7 月，刘雪英和丈夫、儿子在北京联系儿子考大学一事时，邀同在北京的胡长清及其妻子一起吃饭。席间，得知胡长清即将调任北京。走时，刘雪英出于感激，临时决定拿出装有两万元人民币的两个信封塞给了孙金元。事后，孙金元将此事告诉了胡长清。针对这一基本事实，检察机关指控：尽管胡长清给南昌市政府副秘书长打电话要求教育城管队员要文明执法，是其职责分内之事，但是就此收受刘雪英作为感谢而送的 2 万元人民币，显然不是其当为之事。胡长清明知上述财物是自己职务行为的结果，而收受财物，其主观上已经具备受贿的故意，客观上实施了受贿的行为，其行为应认定为受贿。辩护方则认为，胡长清和刘雪英及其丈夫确实有因工作关系而建立的朋友关系，刘雪英被打伤住院，胡长清前往看望明显地体现了他们之间朋友关系的存在。同时胡长清给南昌市政府有关人员打电话，是属于正常的履行职责。身为副省长的胡长清亲自到医院看望自己，刘雪英对此的感激之情也是非同一般的，其出于感激，出于私交送礼应属于正常的人际关系，与职务行为并无关系。因此，这一行为不应认定为受贿。显然这里涉及事后受贿的认定问题。

关于事后受贿，笔者认为首先应分清两种情况来讨论，第一种情况为事先有约定的事后受贿，即行为人利用职务上的便利为请托人谋取利益，并约定事后收受请托人财物的行为。在这种情况下，显然只是收受财物行为在一定时间延续上的推迟，行为人和请托人权钱交易的故意始终贯穿于行为人为请托人谋利的行为

---

① 高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社 2002 年版，第 818 页。

和其事后收受财物的过程中。因此，行为人主观上具有“权钱交易”的故意和受贿的故意，在客观上实施了利用职务上的便利为请托人谋利并收受贿赂的行为，行为人的行为构成受贿罪。第二种情况是事先没有约定的事后受贿，这在刑法理论上存在着相互对立的两种观点。一为否定说。认为“事前没有贿赂的约定，由于行为人正当行使职务行为在客观上对他人形成利益，为此受益人在事后向行为人交付财物表示感谢而行为人予以收受的所谓事后受财行为，由于行为人主观上虽有收受财物的故意，但没有为他人谋取利益作为交换条件而收取他人财物的故意。因此不构成受贿罪。”[①] 一为肯定说。认为对于“事后受财”，“只要行为人明知是其利用职务为他人谋利益的结果，并故意接受，就应认为具有了受贿的故意，可以构成受贿”。[②] 笔者赞成第二种观点。①行为人具有受贿的故意。一般而言，受贿罪在主观方面只能由直接故意构成。具体而言，在认识因素上，行为人必须认识到自己索取、收受的对象物的贿赂性，即行为人必须认识到对象物是有关其职务行为的不正当酬谢，与其职务行为存在着对价关系；在意志因素上，行为人有索取他人贿赂或者收受他人贿赂并为他人谋取利益的决意。[③] 究其实质，是对受贿罪“权钱交易”的本质的认识。即使是事后受贿，只要行为人明知财物是自己职务行为的非法报酬，与自己职务行为存在着对价关系，那么，行为人在主观上便具有了“权钱交易”的主观故意，只不过这里权力的行使在先，而钱的交易在后罢了；②受贿往往表现为一个从办事到受财，或者从受财到办事的过程。在这个过程中，行为人在主观上总是会把办事和受财联系起来，构成其故意内容的。至于是先产生受贿的故意再为他人办事，或者是先为他人办事之后才接受他人对自己职务行为的酬谢的故意，从实现权钱交易方面看，并无本质区别，把所谓“事后受财”排除在受贿行为之外，不利于反腐倡廉的斗争。③从主客观相统一的刑法原则来看，受贿罪更本质的行为体现在索取或收受贿赂行为上，而在这一行为的实施上，显然行为人与对方在主观上都具备了“权钱交易”的主观认识，并产生了行贿、受贿的主观故意，进而实施了相应的行为，行为人的行为构成受贿罪正是刑法主客观相统一原则的体现。正如有的学者指出的，“所谓事后受贿中的事后故意，并不于事后形成，因为真正成为该行为不法核心的是在明知该财物的性质的情形下而做出的收受等行为。故意与针对的事实在同一时空，事后故意只是表述问题。”[④] 因此，从这个角度而言，事后受贿构成犯

① 陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 629 页。

② 王作富主编：《刑法分则实务研究》（下），中国方正出版社 2001 年版，第 1781 条。

③ 参见高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社 2002 年版，第 836 页。

④ 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 版，第 35 页。

罪符合刑法上主客观相统一的原则。因此，行为人实施职务行为，无论是否正当为他人谋取了利益，在事后收受他人财物的，构成受贿罪。在胡长清案件中，胡长清收受刘雪英 2 万元人民币，虽然是发生在为刘雪英谋取利益之后，履行职务时虽无受贿的故意，但是在刘雪英出于对胡长清先前职务行为的感激而给孙金元 2 万元人民币时（孙在事后将此事告诉了胡长清），双方在主观上便都明知了“权”、“钱”之间的联系及其对价性，在这种主观故意的指导下，实施了行贿、受贿的行为，即使胡长清先前实施的是正当的职务行为，但其收受刘雪英 2 万元人民币的行为却是不正当的，而且职务行为的正当与否并不影响受贿罪的构成。因此，胡长清收受刘雪英 2 万元人民币构成受贿，法院最终对该事实情节予以认定是正确的。

与本案相联系，还涉及利用将来职务上的便利的情况。即所谓的职前受贿[①]问题。所谓职前受贿，是指“将任某项职务的国家工作人员，承诺请托人任职时为请托人谋取利益，索取或收受贿赂的行为”。[②] 具体而言，利用将来职务上的便利，又可以根据职务实现的具体化程度分为不同的阶段。首先，其表现为行为人只是概括的承诺利用将来的职务上的便利为请托人谋利。在胡长清一案中，胡长清经常对大款们说，“权就是钱，现在我花你们几个钱，以后等我当了大官，只要打个字条、打个电话，你们就能几百万、几十万的赚”。从行贿人方面看，这种行为即类似于“烧冷灶”，根据普通受贿职务要件所应具有的现实性特点出发，这种概括承诺利用将来职务上的便利为请托人谋利的情况，显然行为人的职务不具有现实性，甚至不具有转化为现实的可能性。因此，从根本上说，这时的行为人根本“无职可渎”，也就更谈不上构成“权钱交易”的受贿罪了。胡长清概括地和请托人约定利用将来职务上的便利为请托人谋利，如果仅仅是存在这一行为而收受他人财物的，并不能构成受贿。但当行为人本来就是国家工作人员收受请托人财物并利用现有职务上的便利为请托人谋取利益的，实际上已在原有职务上实现了“权钱交易”，因而，其行为构成受贿罪。利用将来职务上的便利，在第二个阶段可以表现为行为人承诺利用即任的职务便利为他人谋利而收受请托人财物，这也即是通常所称的“职前受贿”。对于职前受贿学者们的观点存在分歧，有肯定说和否定说之分。持肯定说的论者认为，“在这种情况下，请托人（送贿赂者）毕竟已经将贿赂送出，受贿人也已经将贿赂索取或收受，而且答应

① 有的学者将事前受贿罪和事后受贿罪与职前受贿罪和职后受贿罪相混同。实际上，前两者是以收受贿赂的时间是在行为人为他人谋取利益之前或之后为标准的，而后两者则是以收受贿赂是在任职前进行或是在任职后进行的不同时间为标准的。因此，对于上述四种不同形式的受贿不能混同。

② 陈兴良、王玉珏：《建立受贿罪罪名体系的构想》，载《法学》1991 年第 8 期。

将来担任某职务时为请托人谋利，请托人与受贿人之间已经存在‘权钱交易’的不法行为，而不是什么单纯的权钱交易‘约定’了”。“因此，从实质上来讲，利用将来的职务便利与利用现在的职务上的便利没有任何区别”。利用将来职务上的便利索取或收受贿赂的构成受贿罪。① 持否定论观点的学者则认为，“利用职务上的便利”中的“便利”必须是国家工作人员犯罪时所现实具有的，认为利用将来职务上的便利构成受贿罪违背了刑法上的罪刑法定原则，因此，该学者认为，利用将来职务上的便利而索取或收受贿赂的不构成受贿罪。② 笔者持否定说。如前所述，构成受贿罪的职务要件必须具有现实性，即必须是国家工作人员现实享有的职务上的便利，如果国家工作人员利用的仅是将来可能享有的职务上的便利，那么对于行为人而言，其实际上还并未具有其用来承诺的职务上的便利，根本“无职可渎”，更谈不上构成以职务要件作为必要构成要件的受贿罪了。如果仅仅为了处罚这种行为而任意扩大刑法构成要件的含义，是不符合刑法罪刑法定这一基本原则的。同时，从国外关于职前受贿罪的规定来看，即使是韩国和日本，其刑法仍然规定，构成职前受贿罪同样需要行为人“而后又担任了公务员或仲裁人”为要件。而此时，笔者认为行为人用来承诺的“将来的职务上的便利”实际上已经具有了现实性，因此，已并非单纯地利用将来职务上的便利了。因此，笔者认为在此阶段，利用将来职务上的便利索取或收受他人财物的，行为人不构成受贿罪。利用将来职务上的便利进一步具体化，即在第三个阶段可以表现为，行为人利用即任的职务便利索取或收受他人财物，并担任了该职务的。在这种情况下，虽然行为人在索取或收受他人财物的时候利用的是将来职务上的便利，但在行为人已经担任该项职务时，这时行为人的职务便具有了现实性，与先前索取或收受他人财物的行为相结合，行为人的行为符合受贿罪的构成，“只不过利用职务时间与收受贿赂时间相分离而已”。③

总之，笔者认为，对于《刑法》第 385 条规定的“利用职务上的便利”的界定，在外延上必须将其与利用“工作便利”严格区分开来，在内涵上必须是国家工作人员本人现实的职务上的便利，而不能是过去或将来的职务上的便利。

（2）间接受贿职务要件的特点及其具体认定。与普通受贿的职务要件相比，间接受贿的职务要件具有以下几个特点：①间接性。间接性是间接受贿职务要件

---

① 龚培华、肖中华：《刑法疑难争议问题与司法对策》，中国检察出版社 2002 年版，第 596 页。

② 参见苏文革：《受贿罪客观要件之研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第 5 卷），法律出版社 2002 年版，第 86—88 页。

③ 苏文革：《受贿罪客观要件之研究》，载陈兴良主编：《刑事法判解》（第 5 卷），法律出版社 2002 年版，第 88 页。

的最首要的特征，是指受请托人不是直接利用本人请托范围内的职权，（因为请托事项在受请托人的职权范围之外，受请托人也不可能直接通过自己职权范围内的便利条件为请托人谋利），而是利用自己职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务行为为请托人谋利。因此，在间接受贿中，相对于所要谋取的利益来说，受请托人的职务作用是间接的，其间介入了其他国家工作人员的职务行为。②双重性。双重性是指在间接受贿中，既利用了本人职务，又利用了第三人的职务。“但是利用本人的职务是利用他人职务的前提和基础。没有本人职权、地位的作用不可能有他人的职务行为。本人的职权、地位作用、影响、驱动他人的职务行为，他人的职务行为再服务于请托人的利益，本人则从请托人那里索取、收受财物，其间利用了本人和他人的双重职务。”[①] 从收受财物为他人谋利的因果锁链来看，表现为：索取或收受他人财物→利用本人职权或地位形成的便利条件→其他国家工作人员的职务行为→请托人的利益。③制约性。即对于本人职务和第三人职务而言，二者之间的关系并不是任意的，受请托人必须是以本人职权或地位形成的便利条件为基础，通过本人职务对他人职务上的制约关系，从而借助于他人职务上的行为为请托人谋取利益。如果本人职务对他人职务并不具有制约关系，他人只是基于亲友关系或其他关系而为请托人谋取利益，那么并不符合间接受贿的职务要件，因而在这种情况下，不构成间接受贿。

“间接受贿中对职务的利用，从另一个角度说，利用的实际上是本人职务与他人职务之间的特殊关系”。[②] 在把握间接受贿职务上的关系时，应排除两种关系：①从属性的纵向制约关系。既包括同一单位内部上下级之间的从属关系，也包括同一系统部门上下之间的从属关系以及行政领导和行政管辖范围内单位的从属关系。如前所述，在从属性制约关系中，下级的职务行为仅是上级国家工作人员职权范围内具体内容的体现，上级国家工作人员通过打电话、批示等方式要求下级国家工作人员为请托人谋利的，实际上是行使自己职务上的便利的体现，其行为应构成普通受贿。②单纯的亲戚、朋友关系。在利用亲友关系为他人谋取不正当利益的情况下，行为人便没有利用职务上的便利，其不符合构成间接受贿以本人职务为前提、基础的法律规定，因而其行为不构成间接受贿。对于上述两种情况首先应排除在间接受贿职务关系的范围外，在上述两种情况下，行为人的行为都不适用《刑法》第 388 条关于间接受贿的规定。

---

① 刘光显：《间接受贿的几个问题》，载丁慕英、李淳、胡云腾主编：《刑法实施中的重点、难点问题研究》，法律出版社 1998 年版，第 859 页。

② 刘光显：《间接受贿的几个问题》，载丁慕英、李淳、胡云腾主编：《刑法实施中的重点、难点问题研究》，法律出版社 1998 年版，第 860 页。

具体而言，间接受贿中职务要件可以体现为以下几种职务关系：①职务上的制约关系。“制约”根据《现代汉语词典》的解释，是指“一事物的变化以另一事物为前提”，也即在双方之间存在着“制动约束”的关系，即本人职务对第三人职务具有制动约束作用。具体而言，职务上的制约关系包括两种情况：一是纵向的制约关系，即上级对下级的制约关系。一般而言，上下级的制约关系包括从属性的制约关系和非从属性的制约关系两种情况，能够成为间接受贿的职务要件的纵向制约关系只能是非从属性的纵向制约关系。对于从属性的制约关系，应构成普通受贿。二是横向的制约关系，既相互无隶属关系的国家工作人员职务上的制约关系。由于社会关系的复杂性，行政职能之间的分工、协作成为必然，由于职能分工不同，一些单位或部门对其他单位或部门休戚相关，从而也就存在一定的制约作用，这种横向的制约关系多发生在工商、税务、金融、物资、房管、水电、公安、纪检、劳动人事等部门。行为人利用这种部门间相互制约的关系，通过其他国家工作人员的职务行为为请托人谋取利益的，构成间接受贿。②职务上的协作关系。协作关系也是由职权和地位形成的，是间接受贿可利用的一种职务关系。主要存在于在职务活动中无利害冲突，甚至有互助互惠的国家机关、单位之间或一方的职务行为的完成需要另一方的配合、协作的国家工作人员之间。各国家机关单位、部门之间，虽然分工和职能不同，但相互间存在着业务上的协作关系，形成广泛联系的业务关系网。如有生源关系和其他联系的两个高校之间，相互有供求关系的企业之间等等。这种相互间的协作关系的存在为国家工作人员利用职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为为请托人谋利提供了基础。同时，笔者以为这种协作关系还可表现为，下级对上级、低职对高职的协作关系上，正是因为职务行为的完成是一个相互协作的关系的过程，所以，上级对与下级的提议往往会予以一定的考虑。如果下级利用这种关系通过上级的职务行为为请托人谋利而索取或收受贿赂的，构成间接受贿。

（3）胡长清收受符儒新 1.3 万元行为中“职务”的具体认定。现实事物的联系是极其广泛的，制约也是普遍存在的。因此，在分析制约关系时必须具体分析特定情况下行为人职务和第三人职务的关系。在胡长清一案中，控辩双方曾就胡长清收受符儒新 1.3 万元是否构成受贿产生了激烈的争论。检察机关指控，从 1993 年至 1995 年，胡长清收受海南省三亚市国税局干部符儒新 1.3 万元，并利用职权及地位形成的便利条件为符儒新职务升迁一事，先后向海南省国税局筹备组负责人和计财处处长打招呼，要求提拔符儒新，其行为构成了受贿。而辩护方则认为胡长清和符儒新有良好的朋友关系，给海南省有关人员打招呼并非利用职务、地位形成的便利条件，而是基于两人的私交。因此，胡长清收受符儒新 1.3

万元的行为不构成受贿。可见，控辩双方的意见是截然对立的，究其争论的焦点在于胡长清是否利用了职权或地位形成的便利条件，即行为人职务和第三人职务关系的具体判断问题。

笔者以为，对于制约、协作关系的判断，具体可以从以下几个方面考虑：①要看行为人职务和第三人职务的性质及各自的法定职权范围，这是确定双方职务关系的基础。如依照法律的规定，公安机关的职责包括立案、侦查、预审、执行逮捕等；检察机关的职责有监督、公诉、审查批捕等；法院则负责审判。三机关的职责、职权形成了一个有机的整体，相互制约又相互协作。因此，考察间接受贿中的职务关系，首先应考察行为人和第三人的法定职权范围。②还要看行为人职务和第三人职务在现实中的具体联系和紧密程度。一般表现为职位越近的联系越紧密，其之间的制约关系表现得也越明显。反之，亦然。③在具体分析时，还应注意行为人对第三人职务行为的作用力。一般而言，双方之间的制约关系越强，行为人对第三人职务行为的作用力越大；反之，亦然。由此，影响力也是认定行为人职务和第三人职务之间关系的一个重要因素。当然，对制约关系的判断是一个在具体条件下，综合各种因素进行分析的过程。再回到胡长清收受符儒新财物一情节的认定中，胡长清当时任职国务院宗教事务局副局长，符儒新是海南省三亚市国税局干部，胡长清想要为后者在职务升迁上谋取利益，显然无论从概括的职务便利还是从具体的职务便利来看，胡长清都无法通过自己职务上的便利来实现。因此，对胡长清收受符儒新 1.3 万元的行为，首先可以排除普通受贿的构成。进一步分析，胡长清作为国务院宗教事务局副局长，给海南省国税局有关领导打电话，从法定职责上看，宗教事务局主要负责的是国家宗教事务方面的一些职务，而海南省国税局作为国家直属系统的组成部门，主管的是海南省国税方面的一些事务，二者的职务范围是相互独立的，且在本案中，二者之间也没有发生具体的联系。因此，可以看出胡长清的个人职权或地位根本不具有对海南国税局人事任免的制约影响关系。实际上，胡长清的电话也没有发生影响作用，符儒新是在 4 年后依照正常程序提拔的。因此，法院认定胡长清收受符儒新 1.3 万元人民币的行为不构成受贿是合理的，也是正确适用法律的体现。

### （三）不正当利益的界定

胡长清及其辩护人多次提到胡长清在受贿期间并没有做什么滥用职权、违法违纪的事，且在许多情况下，为请托人谋取的是正当利益。尽管在前面界定了胡长清的职务行为后，利益正当与否都不影响该案的定性，但利益性质的界定对于本案依然具有重要意义，特别是对于“花钱买官”现象中利益性质的界定在本案中表现比较突出。同时，不正当利益的界定也是关系间接受贿的构成及其与普通

受贿的区分的一个关键因素。

1. 不正当利益界定的各种学说

利益按其性质，一般可以分为三种：应得利益、非法利益及不确定利益。应得利益，即按照法律、政策等的规定应当得到的利益；非法利益，是指违反法律、政策等规定的利益；而不确定利益，又称可得利益，则是指介于应得利益和非法利益之间，符合相关的法律、政策，但主体尚处于不确定状态的一种利益。对于三者的不同看法将直接影响到不正当利益范围的界定，主要存在以下几种观点：①非法利益说。该说把不正当利益等同于非法利益，认为不正当利益是指法律、法令及有关政策规定不应得到的利益。[①] ②不应得利益说。认为不正当利益是非法利益或者其他不应当得到的利益。非法利益指违反法律、法规、政策所取得的利益；其他不应当得到的利益主要指违反社会主义道德而取得的利益。[②] ③手段违法说。认为不正当利益包括非法利益和以行贿手段获得的不确定利益。[③] ④违背职务说。认为不正当利益应从受贿人谋取利益是否违背职务的要求加以认定。[④]

从上述的观点来看，理论界对于应得利益属于当然的正当利益是没有争议的，其中争议的问题主要涉及三种利益，既违背社会主义道德的利益、非法利益和不确定利益。以下笔者将围绕这三种利益进行讨论，并对上述学说分别做出评论。①对于违背社会主义道德的利益。“道德”本身是一个含义不确定的范畴，把“违法社会主义道德”作为界定不正当利益的一个标准，在实践中必然导致不正当利益范围的过于宽泛，而且具有随意性，不易把握。因此，第二种观点把“违背社会主义道德”的利益纳入到贿赂犯罪不正当利益的范围内是不科学的；②对于非法利益，上述几种观点对于非法利益属于不正当利益是没有争议的，但对于不正当利益是否仅限于非法利益则存在争议。第一种观点把不正当利益限定于非法利益显然范围过窄，不利于打击犯罪。③介于应得利益和非法利益之间的是不确定利益，由于其不确定的特点，决定了其具有竞争性。[⑤] 因此，不确定利益是否属于不正当利益成为争论的焦点所在。手段违法说认为不正当利益包括不确定利益，认为正因为不确定利益的不确定性，使得它必须与取得的手段结合起来才具有现实意义。离开了手段，它就仅仅只是一个虚无缥缈的、纯抽象的概念

① 参见赵长清主编：《贿赂罪个案研究》，四川大学出版社 1991 年版，第 191 页。

② 参见尉文明等：《经济犯罪新论》，青岛海洋大学出版社 1991 年版，第 251 页。

③ 参见邹志宏：《论行贿罪中不正当利益的界定》，载《人民检察》2002 年第 3 期。

④ 参见陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 640 页。

⑤ 肖扬主编：《贿赂犯罪研究》，法律出版社 1994 年版，第 271 页。

而已，而没有独立存在的价值。手段对于不确定利益来说更具有决定性意义。当它与正当手段结合起来，就是正当利益。当它与不正当手段结合，就是不正当利益。将行贿取得的不确定利益排除在不正当利益之外，会导致放纵很大部分行贿犯罪。因此，以行贿手段谋取的所谓不确定利益都应归属与不正当利益的范畴。[①] 也有学者对此持否定态度，认为不确定利益本身并非不正当利益，将其视为不正当利益是以取得方式的正当与否决定利益性质的正当与否，否定了利益本身的独立性质，根据这种逻辑，凡用不正当手段取得的利益就根本没有正当利益可言了，法律也无需做"不正当利益"的规定了。[②] 笔者认为，上述反对意见强调利益性质本身的独立性，是值得肯定的。但是其并没有提出对利益性质判断具体可行的标准，因而，是不完善的。也正是因为如此，违背职务说可以说是在尊重利益本身性质的基础上，从法律的角度为确定不正当利益的范围提供了一个可行的判断标准。笔者基本上赞成违背职务说，但同时认为这里所指的"职务"必须是国家工作人员的法定职务，因此，更准确地说，应称为违背法定职务说。主要基于以下几个理由：

（1）从刑法设定"谋取不正当利益"作为间接受贿的构成要件的目的来看，立法之所以规定间接受贿以为他人"谋取不正当利益"为构成要件，意图就在于将为请托人谋取正当利益的间接受贿行为排除在受贿罪之外，缩小打击面。而如果将以行贿手段获得的可得利益都认定为不正当利益，显然会使不正当利益的范围过于宽泛，从而导致刑法打击面过宽，这与刑法设定"谋取不正当利益"的立法初衷是相悖的。而且，在很多情况下，请托人本身即是贿赂犯罪的受害者，他们往往迫于社会不正之风的压力而不得不以财物行请托，刑法将之都规定为犯罪，不仅不是保护弱者、惩罚犯罪的体现，而且是与刑法的基本精神背道而驰的，其社会效果也令人怀疑。因此，对"谋取不正当利益"的界定，笔者认为不宜过宽。在这一点上，相对于手段违法说，违背职务说的观点是值得肯定的。

（2）退一步而言，即使根据手段不正当说的理论，其对获取利益的"手段"的理解也存在偏差。因为，在贿赂罪中，真正对利益起制约和决定作用的是国家工作人员的职务行为，也正是由于国家工作人员职务对于请托利益的制约性，所以请托人才希望通过国家工作人员的职务行为获得利益。因此，国家工作人员的职务行为才是获得利益的手段。"如果说请托人向受请托人送财物本身就是不正当手段，从而获得了利益就是不正当利益，这就是把斡旋受贿的不正当性与谋取

① 参见邹志宏：《论行贿罪中不正当利益的界定》，载《人民检察》2002年第3期。

② 参见陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第639页。

利益手段的不正当性混淆了，从而否定了正当利益的存在”。因此，“谋取的利益是否正当，应当从国家工作人员的行为是否正当”来考察。[①] 如果国家工作人员没有违反有关程序，手段正当的话，为请托人获取的利益就属于正当的利益。而在此意义上，其与违背职务说就存在异曲同工之处，最终考察谋取利益的性质仍然是看相关国家工作人员的行为是否违反了职务行为的要求。

（3）从其他国家、地区刑法规定来看，存在值得我们借鉴之处。对于间接受贿，其他国家、地区刑法均未规定以谋取不正当利益为构成要件。但对于行贿罪却存在以要求受贿人违背职务为请托人谋取利益为限制条件的立法例。如我国台湾地区《刑法》第 122 条第 3 项规定，行为人必须就公务员或仲裁人违背职责之公务之行为有所请托而行贿，方足以成罪。否则，行为人若系对于公务员或仲裁人职务之行为而行贿或送礼，则因刑法未作处罚之规定，而不成立犯罪。[②]

因此，笔者认为无论是考察我国间接受贿的立法原意，还是借鉴国外、其他地区的立法经验，在“不正当利益”的认定上，违背职务说更具合理性，且在司法实践中容易把握、便于操作。实际上，在最高人民法院、最高人民检察院 1999 年 3 月 14 日发布的《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》中，即在一定程度上采用了违背职务说，明确规定：“‘谋取不正当利益’是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或方便条件”。1999 年 9 月 16 日最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》吸收了该解释的内容，并进一步在附则中对贿赂犯罪中涉及的不正当利益予以统一规定，“本规定中有关贿赂罪案的‘谋取不正当利益’，是指谋取为法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或方便条件”。

2. 不正当利益的具体司法界定及胡长清受贿案中“利益”的法律认定的具体评析

根据上述的司法解释，笔者以为，在具体认定不正当利益时应从以下两个阶段入手：

（1）应考察利益的实体性质。如前所述，利益根据其性质可以分为应得利益、非法利益和可得利益。在认定不正当利益时，首先考察利益的实体性质，可

---

① 程源源：《斡旋受贿犯罪的理解和适用》，湘潭大学 2002 年优秀硕士论文，第 11 页。

② 参见林山田：《刑法特论》（下册），（台湾）三民书局 1919 年版，第 869 页。

以对请托人的应得利益予以排除，并认定请托人谋取非法的利益应属于“谋取不正当利益”。具体而言，在这一阶段的认定中包括了两个方面：①是把属于请托人的应得利益排除在“谋取不正当利益”之外。应得利益，即按照法律、法规、国家政策和国务院各部门规章的规定应当得到的利益。其特点即在于主体的确定性。对于应得利益，即使行为人采取给国家工作人员财物形式谋取的，也不构成行贿罪；国家工作人员利用其职权或地位形成的便利，通过其他国家工作人员的职务行为为请托人谋取应得利益的，同样不构成间接受贿。在胡长清受贿一案中，李卫东是拉胡长清下水的第一人。至案发，胡长清共收受李卫东人民币达16万元，美元2万元及其他财物折合人民币1万元，并多次利用职务上的便利为李卫东谋利。其中涉及1996年底，李卫东想把自己的几个企业办成一个企业集团有限公司，江西省体改委发文同意组建江西金阳光企业集团。但是在向有关部门办理集团成立的有关事务时，集团成立的步伐被阻碍了，四个月没有回音，李卫东着急中想到胡长清，请他给相关部门打个招呼，胡长清打了电话给江西省工商行政管理局局长，很快集团的企业法人营业执照就办下来了。依照《中华人民共和国公司登记管理条例》第45条规定，“公司登记机关收到申请人提交的符合本条例规定的全部文件后，发给《公司登记受理通知书》。公司登记机关自发出《公司登记受理通知书》之日起30日内，做出核准登记或者不予登记的决定。”“核准登记的，应当自核准登记之日起15日内通知申请人”，发给《企业法人营业执照》或者《营业执照》。因此，对于符合公司登记注册条件的申请人来说，都有权利要求有关国家机关依照法律程序在法定期限内给予办理。上例中，对于李卫东来说，其所谋取的利益符合法律的规定，是其应得利益。②对利益性质实体考察阶段的另一方面是认定非法利益属于“谋取不正当利益”的范围之内，根据最高人民检察院的司法解释，所谓“非法利益”是指，违反法律、法规、国家政策、国务院各部门规章的利益。对于这种利益，由于其非法性，国家禁止任何主体获得这种利益，行为人谋取非法利益的当然属于“谋取不正当利益”的范围。在具体认定时，应注意把握认定非法利益的标准应是法律、法规、国家政策和国务院各部门规章。“法律”是指全国人大及其常委会通过的各种刑事、民事、经济、行政等法律；“法规”包括行政法规，即以国务院名义制定、颁布的各种规范性文件，以及各省、自治区、直辖市及国务院批准的较大的市的人大及常委制定的各种地方性法规。如果地方性法规与国家法律、国务院制定、颁布的法规相冲突，则不应作为认定“不正当利益”的依据；“国家政策”是指党和政府制定的各项政策、措施，如计划生育政策、环境保护政策、科教兴国政策等；“国务院各部门规章”，是指国务院各部、委以及国务院各专门机构制定、

颁布的各种规范性文件。在胡长清一案中，胡长清曾多次收受晏广保贿赂，并利用职务便利为其谋利。1998年3月，胡长清应晏广保的要求，为晏广保的妻子、儿女申请赴香港定居，给江西省公安厅出入境管理处处长批示，要求给予办理，江西省公安厅出入境管理处以胡长清批示为由，违规批准了侯某、晏某赴香港定居。申请出境是符合法定条件的公民享有的一项合法权利，但是出入境的办理必须经过一定的法律程序，晏广保为了办理出入境手续，而通过行贿的手段，要求胡长清为有关部门的领导作批示，在此情况下，江西省公安厅出入境管理处违反有关规定为晏广保办理了有关手续，从实体考察，晏广保所谋利益违反了法律的规定，是非法利益，因此，属于“谋取不正当利益”的范围。

（2）应考察获取利益的程序，违反相关的法定程序而要求国家工作人员提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章的帮助或方便条件的，属于谋取“不正当利益”的范围。这种情况又被学者称之为“程序不正当利益”。一般而言，认定实体不正当利益比较容易。而程序不正当利益则比较难认定。如在上述案例中，对李卫东企业集团注册及晏广保违法办理护照，根据相关的法律、法规很容易做出认定，而对于胡长清一案中涉及“花钱买官”的事例中却较难认定。对于程序不正当利益，笔者认为应明确以下几点：①程序不正当利益主要针对的是在实体判断上具有不确定性的利益。一般而言，在实体判断上属于应得利益或非法利益的，不需要再考察其获得程序就可以直接认定，因而，需要对其获得程序进行考察的主要是针对不确定利益。所谓“不确定利益”是指根据有关的法律、法规，符合相应条件的主体通过合法正当的手段都可以取得的利益。不确定利益与应得利益的区别即在于前者利益主体的不确定性。也正因为其不确定性，使得取得该种利益具有竞争性，从而在实践中需要予以程序上的规制，以确保利益最终获得的公正性。如果请托人为了获得这种利益，而要求国家工作人员提供违法的帮助或方便条件，从根本上说，也是违反了关于利益获得程序的法律、法规等，因而应属于“不正当利益”。②要求国家工作人员或有关单位提供的帮助或方便条件，必须是违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或方便条件。相对于国家工作人员的职务来说，即要求国家工作人员违背职务提供帮助或方便条件。在间接受贿中，即要求作为第三人的国家工作人员违背职务为请托人提供帮助或方便条件。如果其他国家工作人员没有侵害他人的应得利益，又没有违反有关程序，手段正当的话，为请托人获得的利益就应属于正当的利益，而不应是“不正当利益”。需要强调的是，这里所说的“违背职务”中的国家工作人员的职务，应是其法定的职务，而并不是国家工作人员为请托人谋利时实际采取的手段，如果请托人的利益属于国家工作人员的法定职务范围，而国

家工作人员没有通过正当的程序为请托人谋利，在这种情况下，请托人想要谋取的利益依然属于国家工作人员的职务范围，不应认定为“不正当利益”。也正是在此意义上，笔者认为，“违背法定职务说”更为合理。③为他人谋取利益提供的违法的帮助或方便条件，应当对利益的取得起到实质和决定性作用。如果其他国家工作人员违法提供的帮助或方便条件仅是非实质性的，请托人最终获得利益真正依靠的是其客观条件或能力，或者综合各种因素，其应是利益获得的主体，则行为人获得的利益不应属于不正当利益。

具体到胡长清一案中，“花钱买官”现象在本案中体现得较为明显。1998 年 6 月，江西省玉山县县长彭传巧为调任江西省上饶地区国税局局长，而请胡长清帮忙。胡长清向有关领导推荐了彭传巧，并收受了彭传巧以稿费名义送的 2 万元人民币。另外，胡长清还多次收受景德镇市焦化总厂副厂长张力祖贿赂，并于 1998 年上半年给景德镇市市长、副市长打电话，要求对张力祖予以关照提拔。张力祖本来是想在正厂长走后自己转为正职，但却意想不到地当上了景德镇市的物资局长兼党委书记。法院最后认定胡长清的行为构成受贿，彭传巧和张力祖也分别被以行贿罪判处刑罚。职务犯罪历来是我国打击的重点之一，国务院、中纪委、中共中央办公厅等部门曾多次制订、发布关于国家工作人员纪律及廉洁从政的法律、法规。早在 1993 年 4 月 24 日，国务院常务会议便通过了《国家公务员暂行条例》，对国家工作人员的选拔、任用作了较为明确的规定。而在上述两例中，彭传巧、张力祖为了职务升迁，给予胡长清财物，胡长清虽然不具体掌握两人职务升迁部门的决定权，但其作为江西省副省长具有掌管全省人事调动的概括的职权，而其却违背职务要求，违反有关职务调动的程序，以是否送贿为标准，对官员德、能、勤、绩的考核标准抛之不顾，并向下级有关部门施加压力，从而造成下级有关部门迫于领导压力，在不按正常的职务调动情况下，对行贿人予以破格调动。这种情形下，行贿人谋取的利益显然属于不正当利益。而在胡长清收受符儒新（海南省三亚市国税局干部）财物一案中，胡长清给有关人员打电话，要求对符儒新予以提拔，法院最后认定符儒新的行为属于馈赠，胡长清的行为不能构成间接受贿。笔者认为法院的认定是正确的。暂时撇开行为人的职务要件，在本案中，胡长清当时任职于国家宗教事务管理局，其为符儒新职位升迁打招呼的部门是海南省国税局，而后者的人事调动显然不属于胡长清的职务范围，因而对胡长清的行为，首先应排除的是构成普通受贿。而适用《刑法》第 388 条间接受贿条款的重要条件之一即是国家工作人员为请托人谋取的是不正当利益。依照上述理论分析，在实体考察上不能认定符儒新职位升迁利益属于不正当利益。因而，进一步考察符儒新获得该利益的程序，符儒新是在给胡长清馈赠四年后的

1998年依照正当程序提拔的。依照违背职务说，在间接受贿中，考察不正当利益应以其他国家工作人员的职务行为为标准。其他国家工作人员并未违背职务，未侵犯他人的应得利益，而是依照法律规定使得行为人最终获得该利益的，应属于应得利益。因而，法院最终认定符儒新的职务升迁不属于谋取不正当利益是合理的。

## 六、贿赂与馈赠的区分

在胡长清一案中，对于胡长清收受易法锡3.5万元人民币、符儒新1.3万元人民币，应属馈赠还是受贿，控辩双方曾有过激烈的争论。控方认为，虽然胡长清与易法锡、符儒新维持了良好的朋友关系，但胡长清在收受易、符财物期间为二人谋取利益，显然是权钱交易的贿赂行为，而非馈赠。辩护方则认为，胡长清和易、符二人一直以来都维持了良好的朋友关系，他们之间的财物往来是基于良好的朋友关系而相赠的，因而是馈赠，与构成犯罪的贿赂是截然不同的。实际上，贿赂和馈赠的区别也是一个困扰司法实践由来已久的问题。笔者认为，贿赂和馈赠是性质截然不同的两种行为，应围绕二者的不同特点，并根据具体情节进行区分。

### （一）贿赂与馈赠各自的特点

贿赂和馈赠在表现上颇为相似，都是国家工作人员收受他人交付的财物，但两者的性质截然不同：前者是以权谋私的职务犯罪；后者是联络感情的正当行为。也正是在此基础上，决定了二者具有不同的特点。

1. 贿赂的特点

从法律规定和司法实践来看，贿赂具有以下特点：

（1）交易性。这是贿赂的本质特征。贿赂罪的本质即“权钱交易”，作为贿赂罪载体的贿赂必然与国家工作人员的职务相联结，体现出其交易性的特征。“贿赂”，《现代汉语词典》解释为“用来买通别人的财物”。与行贿人的行贿目的和国家工作人员的职务行为相结合，贿赂体现为对国家工作人员的权力及职务行为的收买。正是通过贿赂，请托人以财物为交换代价换取了国家工作人员的权力，而国家工作人员则以自己手中的权力为基础通过自己的职务行为获取了相应的财物。因此，我们可以看出，以贿赂为联结点，权钱交易的行为得以完成。

（2）非法性。单纯的财物本身并无合法、非法而言，但“一旦财物被人们所掌握并且基于不同的目的而加以利用或者用不同的方式所获得，就会显现出其具

有不同的法律性质”。[①] 在财物被拿来贿赂之前，并无必然被法律否定评价的性质，但当其被作为“权钱交易”的筹码而支付的对价物时，便成为了法律否定评价的受贿行为的载体，因而，也便具有了非法性。

(3) 支付单方性。一般而言，在贿赂犯罪中，总是一方支付一定的贿赂物，而国家工作人员实施相应的职务行为。贿赂的支付总是单方的，因为贿赂的指向是“权力”，作为收受贿赂一方的国家工作人员仅仅需要做的是“权力的运用”，即职务行为的实施。因而，使得贿赂的支付总是单方的。

(4) 秘密性。一般而言，贿赂由于其交易性和非法性，决定了其支付一般是秘密进行的，行贿方总是以各种理由和机会送给国家工作人员大量财物，并以各种看似合法的方式掩盖。

2. 馈赠的特点

与贿赂相比而言，馈赠具有以下几个特点：

(1) 情感性。馈赠一般是基于双方比较亲密的亲友关系实施的，往往正是因为双方的感情比较深厚，实施一定的馈赠行为是行为人感情表达并进而增进亲情、友情的真实表露，其所指向的并不是对方一定的职务行为从而换取一定的利益。相反，馈赠只是一种感情表达所寄托的载体。因此，其具有很强的情感性。

(2) 合法性。从法律性质的角度来看，馈赠具有合法性。正因为馈赠所具有的情感性，是人的感情的真实流露，是符合社会道德并对社会有益的，因而法律承认馈赠的合法性，并设立了相关的法律予以调整。

(3) 相互性。尽管馈赠一般是无偿的，且馈赠一方也不需要对方的回报。但馈赠往往是建立在双方关系较亲密，在长期的交往中互相帮助、互相支持的基础上的。因此，从长期的角度来看，接受馈赠一方总是会以其他一些财物或行为予以回报的。也正是在此基础上，馈赠增强了双方的感情。因而，可以说，馈赠在一定程度上具有相互性。

(4) 公开性。从行为方式上看，馈赠是人际交往的正当方式，因而，一般馈赠方在给予对方财物时总是以公开的方式进行的，而不是像贿赂那样以各种隐蔽的方式予以隐瞒。

当然，贿赂和馈赠的某些特点并不是绝对的，只是通常情形下表现出的特点，因而，在围绕贿赂和馈赠的特点的基础上，还要结合具体的情节予以判断。

---

① 鲜可铁主编：《国家工作人员经济犯罪界限与定罪量刑研究》，中国方正出版社 2000 年版，第 123 页。

### （二）贿赂与馈赠的具体区分

在司法实践中，往往存在着以接受馈赠为名行受贿之实的情况，致使受贿罪的认定发生一定的困难。笔者认为，对于贿赂与馈赠，可以从以下几个方面进行具体区分：

（1）双方关系。由于馈赠所具有的情感性，其多发生在双方之间长期交往所形成的深厚友谊基础之上的；而贿赂行为则是赤裸裸的权钱交易，因而，行贿方、受贿方之间一般不存在比较亲近的关系。因此，判断贿赂和馈赠首先应从双方关系入手，看双方之间是否存在长期的、深厚的亲情、友情关系。当然，现实中还存在请托人与国家工作人员之间有一定的亲情或友情关系，却利用这种关系掩盖行贿、受贿的情况。在胡长清一案中，胡长清和易法锡、符儒新之间均存在良好的朋友关系，但法院却对两个情节作了不同的认定。因此，对于贿赂行为的认定还需要结合其它具体情节。

（2）送财物的动机。贿赂行为的本质即是"权钱交易"，因此，在贿赂行为中，行为人总是以明示或暗示的方式表达自己的愿望，或者即使在当时不表达，也会在日后向国家工作人员表达请托。例如，在胡长清收受彭传巧贿赂一案中，彭传巧即以请胡长清为其题书名为由送给胡 2 万元人民币，当胡长清问及为何这么多钱时，彭传巧即表达了请胡长清为自己工作多费心的真实目的。而馈赠则只是出于增强双方友谊或互相帮助的动机，与为谋取一定利益的贿赂行为是截然不同的。

（3）送财物的数额。馈赠由于是一种无偿赠送，因而价值总是有一定限制，并且应当符合礼节习俗，而且馈赠财物一般在自己条件所能承受的范围内；而贿赂则往往是有请托事项而相送的，作为收买国家工作人员职务行为的对价物，一般数额较大。在有些情况下，甚至超出请托人的能力范围的。在胡长清收受张力祖贿赂一案中，张在行贿时，由于自己的财力有限就向亲戚、朋友借，显然这种行为即应排除在馈赠之外。当然，馈赠价值的大小并没有一个固定的标准，在判断时，还应结合社会公众的普遍认识、馈赠人的财产水平及其他情节综合考虑。

（4）送财物的方式。馈赠是一种为社会公众所接受的合法行为，因而其在一般情况下都体现出公开性；而贿赂由于其非法性，因而请托人在送财物时总是寻找各种借口加以隐藏。彭传巧在给胡长清行贿时，即以送稿费的名义送给后者一个名为"高飞"的存折。由此可以看出，送财物的方式也是区分贿赂和馈赠的一个重要因素。

（5）收受财物一方是否为对方谋取利益及其与收受财物的关系。在贿赂行为中，送财物的一方之所以给国家工作人员送财物，是因为其总是期待国家工作人

员实施一定的职务行为为回报的。因此，在贿赂行为中，国家工作人员总是会在收受财物后承诺或实际已为对方谋取一定的利益。因此，在财物和利益的获得之间会存在比较紧密的联系。而馈赠则是对平时双方感情的加深，并不期待国家工作人员的职务行为为回报，即使有的情况下国家工作人员利用职权为馈赠人谋利，也并非基于馈赠物的价值而是基于双方深厚的感情，这时还应结合其它情节综合认定。

**（三）胡长清一案中贿赂与馈赠法律认定的具体评析**

在实践中，对贿赂与馈赠的区分单靠一个情节是很难得出全面、正确的结论的。在认定时，必须综合上述各个情节进行判断。在胡长清一案中，对于胡长清分别收受易法锡、符儒新 3.5 万元和 1.3 万元人民币是馈赠还是贿赂，就曾产生过争议。法院最后认定胡长清收受易法锡 3.5 万元人民币构成受贿，而符儒新的行为则属于馈赠。笔者认为，对于胡长清 3 次收受易法锡财物共 3.5 万元的事实，应把每次送财物的行为分别认定。在双方之间确实存在较好的乡友关系的情况下，不能因一次行为构成受贿的原因而将所有送财物的行为认定为贿赂。胡长清和易法锡都是湖南常德人，两人早于 1993 年在同乡聚会上认识，此后两人之间的往来不断，维持了良好的乡友关系。从 1995 年到 1998 年春节，胡长清共三次收受易法锡财物。第一次是在 1995 年 9 月，易法锡专程赶往江西南昌看望胡长清，为其购置了彩电、音响等设备，并送给胡长清 2 万元人民币。第二次和第三次是在 1997 年、1998 年春节，胡长清在北京与其他乡友聚会，易法锡分别给胡的女儿压岁钱 5 000 元、胡的妻子 1 万元人民币。对于第一次易法锡在赣江宾馆送给胡长清 2 万元的事实，笔者以为胡长清的行为构成受贿。因为，首先，从易法锡送财物的时间来看，易法锡虽然与胡长清结识多年，并有较好的乡友关系，但之前易法锡并没有以金钱为标的物给予过胡长清馈赠，而正是在胡长清担任了江西省省长助理后的一个月，易法锡专程赶往江西，送给胡 2 万元人民币，其“以钱买权”的动机表露无遗；其次，从收受财物的一方是否为对方谋取利益及与财物的关系看，胡长清收受易法锡 2 万元是在 1995 年，也正是拿人家的手软，在 1996 年下半年，易法锡想在江西发展几个上市公司请胡长清帮忙时，胡长清才会当着易法锡的面给江西省有关部门领导打电话要求给予支持，从而为易谋取利益。尽管因为种种原因，易法锡的目的未达到，但两人之间权钱交易的行为表露得十分明显。因此，胡长清收受易法锡 2 万元人民币的行为构成受贿。

但对于胡长清其他两次收受易法锡人民币 1.5 万元的行为，笔者认为认定为受贿似有不妥。①从送财物的时间来看，易法锡送给胡长清女儿、妻子财物的时间均是在北京春节的乡友会上。春节期间，乡友聚会、馈赠财物是符合中

国传统习俗的，也是朋友之间增进友谊的一种手段。胡长清、易法锡之间本来就存在较好的乡友关系，两人曾在赣江宾馆彻夜长谈，也足见二人关系的亲近。在此基础上，易法锡在春节送给胡长清女儿、妻子一定数量的财物是符合社会习俗的。②从送财物动机上看，易法锡在供述中曾提到，之所以送礼是因为“春节了，不表示一点不合适”。胡长清为易法锡请托之事打招呼是在1996年下半年，且事并未办成，如果以权钱交易的一般规则来推测，易法锡也不会在事未成之后又继续送礼，因此，可以看出，易法锡在两次春节期间的送礼更多的是基于礼节和习俗。③从送财物的方式和数额来看，易法锡两次送钱是在春节乡友相聚，且送给胡长清女儿5 000元压岁钱时是当场给的。从数额上看，基于个人能力和双方之间的交往，易的行为也没有明显的不适当，且在易结婚时，胡长清妻子也曾给易法锡送了5 000元礼金。由上分析，笔者认为，易法锡在1997、1998年春节给胡长清女儿、妻子的1.5万元应为馈赠。而原判把胡长清三次收受易法锡财物的行为均认定为贿赂，显然是基于双方之间一次的行贿、受贿行为而对其它所有的正常经济交往都予以了否定。因此，笔者认为，在双方存在较好的朋友关系时，对于馈赠和贿赂的区分应具体情况具体分析，而不能一概的予以肯定或否定。

对于胡长清收受符儒新1.3万元的事实，笔者认为法院认定不构成受贿是合理的。①从双方的关系来看，胡长清在1990年陪同国税局领导到海南三亚市进行调研时与三亚市税务局干部符儒新结识。此后，两人经常保持联系。1993年胡长清调任国家宗教事务局，符儒新仍到北京看望胡长清，三次送给胡长清财物也是在此期间。因此，可以说符儒新和胡长清之间存在发生馈赠的友情基础。②从送财物的具体情节来看，第一次是胡长清全家去海南旅游，符儒新送给胡长清妻子5 000元，胡长清当时力主退回，胡的妻子也确实退回过；第二次是胡长清的儿子自费上大学，符儒新送给胡长清4 000元，同时，胡长清也回赠了相应的物品；第三次是符儒新引荐陈某，向胡长清求字，由陈某出钱，符儒新以自己名义相赠，胡长清为陈某写了十多幅字。由上可以看出，符儒新每次送钱或是基于人情往来或是求取书法，显然不应构成行贿。③从送财物的动机来看，符儒新在送给胡长清财物时，从未提到要胡长清为自己职务升迁帮忙，相反，从具体情节可以看出，符儒新送给胡长清财物完全是基于两人的深厚感情。另外，从收受财物方是否为对方谋利及与财务的关系来看，胡长清虽给海南有关部门领导打电话要求为符儒新谋利，但其并非是因为收受符儒新财物接受请托而为，而是基于两人长期以来深厚的友情。因此，笔者认为，法院最终采纳辩护人意见认定胡长清收受符儒新1.3万元是正常人情往来，不构成受贿是合理的。

## 七、行贿罪自首的认定

胡长清归案后，曾交待中央组织部地方干部局副局级干部辛某某受贿 1 万元、中央组织部地方干部局副局级干部王某受贿 4 万元、《中国纪检监察报》副主编刘某某受贿 3 万元。经审查，此三人受贿，均系胡长清本人向他们行贿。在如何看待此情节上，控辩双方产生了激烈争论。控方认为，胡长清为谋取不正当利益，给予国家工作人员 8 万元人民币，其行为已经构成了行贿罪。胡长清主动交待行贿的犯罪事实时，有《中华人民共和国刑法》第 390 条第 2 款的情节，对其行贿罪可减轻处罚。而胡长清的辩护人则认为，胡长清主动交代的行为对于追究辛某、王某、刘某的犯罪来说，也是一种立功行为。实际上，关于《刑法》第 390 条第 2 款关于量刑情节的理解上，刑法理论界也存在认识上的分歧。

### （一）关于《刑法》第 390 条第 2 款规定的不同主张

“职务犯罪由于与其公共管理权力直接相联，因而职务犯罪实际属于隐蔽性、危害性大、发案率高、查处难度大、司法运作成本高的犯罪”。[①] 特别是对于行贿罪和受贿罪，在实施上往往是一对一的，因而，对于行贿、受贿的侦察难度更大。因此，立法者才会在刑法典中规定对贿赂中某些“从罪”犯罪人主动交代的奖励措施，从而达到尽早发现严重犯罪或者严厉打击危害严重的相关犯罪的目的。《刑法》第 390 条第 2 款的规定即是此立法目的的体现之一，规定，“行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，可以减轻处罚或免除处罚”。可以说，“这是法律为了更彻底地揭露受贿罪而事先规定的对行贿这种犯罪行为实行所谓‘赦免’的一种独特的形式”。[②] 然而理论界对于该条款是属于自首还是立功，却存在不同理解。多数学者认为该条款的规定属于自首的特别规定，是我国自首制度的重要补充。相对于刑法典总则规定的适用于所有犯罪的一般自首而言，在刑法分则规定的适用于个别犯罪的自首，在刑法理论上称为特别自首；[③] 也有学者主张该条款的规定是立功表现而非自首，认为，“由于贿赂犯罪隐蔽性很强，取证难度较大，行为人主动交代行贿行为实际上是对受贿人的揭发检举，属于立功表现”。[④] 同时有学者认为，由于行贿与受贿彼此依赖、密不可分的联系，要交代清自己的行贿行为就不能不交待出他人受贿的事实。因而，交代行贿行为的同时

---

① 李文燕、于志刚：《论职务犯罪中的特别自首制度》，载《国家检察官学院学报》2002 年第 1 期。

② ［前苏联］A. H. 特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，薛秉忠等译，中国人民大学出版社 1958 年版，第 283 页。

③ 参见赵秉志、于志刚：《论我国刑法分则中特别自首制度》，载《人民检察》2000 年第 3 期。

④ 胡康生、李福成主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社 1997 年版，第 556 页。

客观上也体现出揭发他人受贿的作用。在这种情况下，实际上是自首和立功的竞合。[①]

由上可以看出，在胡长清一案中，可以说检察机关采用的是第一种观点，而辩护方则采用了第二种观点，第三种观点则是对前两种观点的综合。笔者赞同第一种观点，即多数学者的观点，认为《刑法》第390条第2款的规定属于自首的表现形式。首先，《刑法》第390条第2款的规定符合自首的本质。自首是刑法中一项重要的量刑制度，是惩办与宽大相结合刑事政策在刑法中的具体体现。《刑法》第67条对自首作了明确的规定。《刑法》第67条第1款规定，“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首”；第2款规定，“被采取了强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论”。刑法学者通常把上述规定分别称之为一般自首和准自首（或余罪自首）。但无论是哪种自首的形式，都体现了自首的本质，即“犯罪以后主动认罪，将自己交付给国家追诉”。[②] 从《刑法》第390条第2款的规定来看，行贿人在犯罪后被追诉前主动交代行贿行为，并交付给国家追诉的行为显然符合自首的本质，该条款的规定同样是自首制度的重要体现。

同时，应当明确的是，该条款的规定不属于刑法上的坦白。坦白，是指犯罪行为已经被有关组织或者司法机关发觉、怀疑，而对犯罪分子进行询问、传讯，或者采取强制措施后，犯罪分子如实供认这些罪行的行为。[③] 我国刑法并没有明确规定坦白制度，但是根据刑法理论界对坦白的界说，坦白和自首在成立时限、行为人悔罪程度及人身危险性等方面存在着差异，并进而造成了刑法对自首行为和坦白行为在量刑制度上的差异。根据相关的刑法规定和刑法理论，可以看出自首是法定的从宽情节，而坦白只是酌定的从宽情节，并且在一般情况下，比自首的从宽处罚幅度要小。[④] 基于上述的理论分析，我们来看《刑法》第390条第2款的规定，无论是在成立的时限上还是量刑从宽程度上，其都不能归属于刑法上的坦白。

（1）从成立时限上来看，《刑法》第390条第2款的规定应属于自首。在成立时限上的不同是自首和坦白最根本的区别之一。自首发生在尚未因该罪归案之前，而坦白则发生在犯罪人因该罪而被动归案或者讯问、传讯之后。正如有的学者所言，自首和坦白的根本区别在于，自首是犯罪人犯罪后自动归案，把自己交

---

① 参见陈兴良：《刑法适用总论》（下卷），法律出版社1999年版，第4987页。

② 高铭暄主编：《刑法专论》（下编），高等教育出版社2002年版，第594页。

③ 参见“两高一部”1984年《关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解答》第5条第1款。

④ 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》（上册），中国人民大学出版社1998年版，第393页。

付给国家追诉的，而坦白则是犯罪人犯罪后被动归案由国家司法机关或者人民群众将其交付给国家追诉的。[①] 在成立时限上，《刑法》第 390 条第 2 款要求行为人“在被追诉前”交代行贿行为，并没有像刑法总则那样规定对自首要求“自动投案，如实供述自己的罪行”，因此可能造成有人认为“因群众举报司法机关采取强制措施后，犯罪人供述自己被控罪行”这种明显属于坦白的情形，同样符合“被追诉前”的成立时限，并以此来反驳该款规定属于自首的观点。笔者认为，任何一项制度的规定都是一个有机的整体，仅仅抽出其中的某个部分进行比较从而否定整体的性质，只能说是“盲人摸象”，并不能反映整个制度的性质。对于《刑法》第 390 条第 2 款的规定也是如此。上述反驳明显的只是抓住了刑法关于“被追诉前”这一规定，但是却忽略了成立该条款同时还需要行为人“主动”交代行贿行为，这不是立法的随意添加，而是有其深刻内涵的。《刑法》第 67 条第 1 款规定中，立法者并未在“供述自己的罪行”前使用“主动”一词，因为前句的“自动归案”已对“如实供述自己的罪行”起到明确的限定作用。而在该条款中“在被追诉前”语义欠明确的限定作用，故在“交待其犯罪行为之前”使用了“主动”一词。既在成立时间上予以了一定的放宽，又保持了要求行为人“主动交代”犯罪行为的自首的本质。这正是立法者的良苦用心所在。

（2）从处罚制度的规定上来看，《刑法》第 67 条关于一般自首和余罪自首的处罚制度规定：“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚；其中犯罪较轻的，可以免除处。”而《刑法》第 390 条第 2 款则规定凡是符合该款规定的，对行为人均“可以减轻处罚或者免除处罚”。两者相比较：①从从宽的类型上看，对于一般自首和余罪自首的犯罪分子，从宽的幅度有“从轻”、“减轻”或“免除”；而对于符合《刑法》第 390 条第 2 款规定的行为人从宽则为“减轻”或“免除”，即只要符合该条款的规定对其从宽的幅度至少应是“减轻”处罚，而不会出现只是“从轻”处罚的情况。因此，从从宽类型上分析，《刑法》第 390 条第 2 款的规定较总则中自首规定的处罚制度轻。②具体就犯罪较重，被追诉前主动交待其犯罪行为的行为人而言，根据《刑法》第 67 条之规定，犯罪较重的自首犯的处罚只能是“可以从轻或者减轻处罚”，但不能免除处罚。对“较重犯罪”的标准，最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》未予明确规定，但该《解释》规定：“所称‘重大犯罪’、‘重大案件’、‘重大犯罪嫌疑人’的标准，一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或全国范围内有较大影响等情形。”按照这一标

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第 3 卷），中国人民大学出版社 1994 年版，第 318—319 页。

准，《刑法》第 390 条第 1 款规定的情节特别严重的行贿罪，要处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产，那么情节严重的行贿罪当属重大犯罪或较重的犯罪。对情节严重的行贿罪行为人自动投案如实供述自己罪行的，构成自首，依《刑法》第 67 条之规定，“可以从轻或减轻处罚”。而根据《刑法》第 390 条第 2 款的规定，行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。从宽处罚的幅度、程度显然后者为大。综上，如果把《刑法》第 390 条第 2 款的规定定性为坦白，就会造成对坦白行为的从宽处罚程度高于自首行为的结论，这与前面对自首与坦白关系的分析是矛盾的，与我国一贯奉行的基本刑事政策和立法精神也是冲突的。

（3）从立功的构成来看，《刑法》第 390 条第 2 款的规定不属于立功。立功构成的重要前提即所述内容的非义务性。而对于行贿和受贿而言，由于行贿行为和受贿行为之间具有对合性，使得尽管行为双方罪名可能不同，但任何一方行为的完成均以对方对应行为的完成为条件。二者互相依存、缺一不可，构成一个行为整体。因此，可以说行贿与受贿是法律对一个行为整体不同角度的评价而已。行贿人对受贿人罪行的供述是自己犯罪行为的延续，行贿人有义务供述另一方的行为。[①] 因此，基于行贿和受贿的特殊关系，《刑法》第 390 条第 2 款的规定不构成刑法上的立功。正如在普通共同犯罪中，行为人供述其他共同犯罪人的共同犯罪行为才能构成自首一样，具有对合关系的行贿、受贿一方构成自首同样需要供述对方的犯罪行为。如果认为此时行贿人的行为应为立功，无疑也等于承认普通共同犯罪人供述其他共同犯罪人共同犯罪行为的行为也属于立功，这不仅是与立功基本制度原理相悖的，而且也是与法律规定不相符合的。

（4）认为《刑法》第 390 条第 2 款的规定中，行贿人的行为属于自首和立功竞合的观点，实际上是上述两种看法的综合。并不能改变该条款的规定属于自首的本质。刑法中自首和立功是针对不同情况而设立的两种不同的量刑制度，尽管《刑法》第 390 条第 2 款规定的行贿人的行为客观上能对追究受贿人的犯罪行为起到积极的作用，但其行为在本质上仍是自首，而不可能是既是自首又是立功的情况。

因此，笔者认为，《刑法》第 390 条第 2 款的规定属于自首，而不是立功。在体例上，《刑法》第 67 条第 1 款是关于自首的一般规定，因此，又被称之为一般自首；第 2 款是关于特定情况下行为人供述自己尚未被司法机关掌握的其他罪行而成立自首的情况，因此，又可以称之为余罪自首；而刑法分则中关于介绍贿

① 参见赵志华：《立功制度的法律适用》，载《国家检察官学院学报》2003 年第 4 期。

赂罪、行贿罪和公司、企业人员行贿罪的行为人在被追诉前主动交代犯罪行为而予以减轻量刑的，由于其适用主体、范围、处罚上的特殊性，构成特别自首。《刑法》第 390 条第 2 款即是刑法特别自首的重要表现之一。

**（二）《刑法》第 390 条第 2 款的司法认定**

如上所述，《刑法》第 390 条第 2 款的规定是自首制度的重要内容，是刑法上特别自首的重要表现形式之一，因此，在构成上，除了具备“主动投案”、“如实供述自己的犯罪行为”外，还具有某些特殊的构成要件。具体而言，对于该条款的司法认定，还应注意以下几个方面：

1. 主体方面

适用《刑法》第 390 条第 2 款的规定，①行为主体必须是符合犯罪主体构成的自然人，即达到刑事责任年龄，具备刑事责任能力的自然人，这既是成立犯罪的前提，也是适用《刑法》第 390 条第 2 款的前提条件之一。②行为人必须是实施了行贿罪的自然人。既包括实施行贿犯罪未被发觉的行为人，也包括因其他犯罪而被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯。这正是该条款规定的特殊性的重要体现。

2. 时间方面

行贿人主动交待行贿行为的时间必须是在被追诉前。“追诉”，一般而言，即司法机关依照刑法和刑事诉讼法的规定追究犯罪人的刑事责任。行贿人在“被追诉前”主动交代行贿行为具体可以表现为两种情况：①行为人在犯罪后归案前，自动投案、如实向司法机关供述自己的特定的犯罪事实。既包括犯罪事实或犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问，未被采取强制措施前，主动向有关机关投案。②行为人因犯有其他罪行在被采取强制措施或正在服刑的情况下，如实供述司法机关还未掌握的本人所犯的行贿罪。在上述两种情况下，行为人所犯的行贿罪都还处于尚未受到司法机关追诉的状态之下。相反，若行为人所犯的行贿罪已经依法受到惩处，则失去了成立特别自首的时间要件。

3. 自首对象方面

根据 1998 年 5 月 9 日施行的最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》，一般情况下，行为人自首既可以是直接向公安机关、人民检察院、法院等司法机关，也可以是向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案。但是，由于职务犯罪主体的特殊性——国家工作人员，同时他们中的绝大多数都是中共党员，即使是在针对职务的犯罪——行贿罪中，由于行政机关和行政官员之间结成的关系网，使得行贿罪中很多也是发生在国家工作人

员之间。如在胡长清一案中，胡长清时任江西省副省长，但为了职务升迁向中央组织部有关干部和《中国纪检检察报》副主编行贿，其行贿行为即是发生在国家工作人员之间的。由于我国的现实情况，纪检、监察机关可以对作为中共党员的国家干部的违法、违纪行为进行调查，那么，行为人向纪检、监察机关自动投案并交代自己行贿罪行的情况是否可以构成《刑法》第390条第2款的特别自首，值得讨论。笔者认为，对此应根据不同情况进行讨论。

（1）行为人在被调查前向纪检、监察机关直接、主动供述自己行贿行为的，行为人的行为能否适用《刑法》第390条第2款？根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》的规定，除了司法机关外，行为人向有关单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的，也成立自首。可见，法律对于可作为接受自首对象的范围的规定是很广泛的。在我国，纪检、监察机关对于查处公职人员的违法、违纪案件具有特殊职能，因此，行贿人向纪检、监察机关自动供述自己行贿事实的，应适用刑法分则特别自首的规定。

（2）行为人在纪检、监察机关对其违法、违纪行为调查过程中，主动供述自己行贿行为的，是否构成特别自首？正如有学者指出的，“仅由于职务犯罪形迹可疑或被群众举报而被纪检、监察机关调查的行为人，往往并未被采取强制措施，或未被立刻移送到相关的司法机关进入相应的诉讼程序，其身份只能是‘被调查人’”。[1] 因此，在此种情况下，行为人的行为仍属于被追诉前，主动供述自己的行贿行为应构成特别自首。

（3）行为人在纪检、监察机关对其违法、违纪行为的调查后，又主动向司法机关如实供述本人行贿行为的，能否适用《刑法》第390条第2款？笔者认为，尽管我国的纪检、监察机关在调查有关职务犯罪的活动中具有相当大的权力，但纪检、监察机关的职务行为毕竟不能等同于司法机关的行为。因此，行贿人因行为可疑而在接受纪检、监察机关的调查后，又主动向司法机关供述行贿行为的，构成《刑法》第390条第2款规定的特别自首。

（4）行为人在纪检、监察机关对其部分违法行为的调查并移交司法机关后，又主动供述司法机关尚未掌握的本人的行贿行为的，能否适用《刑法》第390条第2款的规定？笔者认为，对犯罪进行追诉的主体是司法机关，在上述情况中，相对于司法机关掌握的情况而言，其行贿行为还未受到追诉，在此情况下，行为人主动供述行贿行为的，构成特别自首，应适用《刑法》第390条第2款的规

① 武小凤、周振想：《对职务犯罪案件中自首问题的若干分析》，载赵秉志主编：《刑事法实务疑难问题探索》，人民法院出版社2002年版，第136页。

定。胡长清因失踪而引起中央注意，并因伪造的证件而被中纪委调查，牵出了其收受巨额贿赂、巨额财产来源不明的犯罪行为。之后，鉴于胡长清的行为已构成犯罪，中纪委于2001年9月29日将胡长清移交到司法机关，在司法机关对胡长清采取强制措施后，其又供述了辛某、王某、刘某的受贿行为。胡长清在被追诉前主动供述行贿行为，符合《刑法》第390条第2款的相关规定，对其行贿犯罪行为可以适用减、免量刑的规定。

4. 内容方面

结合《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》和行贿罪行为实施的特征，笔者认为，《刑法》第390条第2款规定的特别自首，行为人不仅应当供述自己的行贿行为，而且应当供述受贿方的受贿行为。

（1）这是由行贿、受贿行为对合性的特征决定的。通常认为，行贿罪和受贿罪属于对合犯。所谓对合犯，指的是“基于双方的对向行为构成的犯罪”。在对合犯中，双方的对向行为互相依存而成立，如果缺少另一方面的行为，这种犯罪就不能成立。[①] 具体到行贿、受贿犯罪中，受贿行为与行贿行为相互依存而存在，没有行贿行为，就不可能有受贿行为。因此，可以说，行贿和受贿有机联系构成了一个完整的行为，刑法只不过是从不同的角度对双方的行为予以了否定评价，并规定了相应的刑罚。基于双方行为的紧密联系，在司法实践中，对合犯通常也是作为同案犯合并审理的。“而对合犯一方供述自己犯罪行为时，不可避免地涉及对合犯另一方的犯罪行为，故一方的犯罪行为可以作为另一方的犯罪行为的一部分而存在，所以，对合犯的一方供述另一方的罪行，是供述自己犯罪行为的延续”。[②] 行为人只有既供述了自己的行为，又供述了对方的行为，才能说是完整的供述了自己的行为，也才符合自首的成立要件，也才能适用《刑法》第390条第2款的规定。

（2）从立法目的来看，刑法分则之所以规定特别自首制度，是由于职务犯罪的复杂性、隐蔽性，为了有效地惩治、打击某些主要职务犯罪而对与之相关联的某些“从罪”设立奖励制度。对于行贿、受贿来说，正是由于行贿人在供述行贿行为时，必然会牵涉到受贿行为，所以刑法才规定了特别减轻情节。要求行贿人在主动供述时，不仅要供述自己的行贿行为，而且要供述对方的受贿行为，是符合设立此条款的立法原意的。

综上所述，在认定《刑法》第390条第2款规定的特别自首时，应综合以上

① 参见赵秉志主编：《外国刑法原理》（大陆法系），中国人民大学出版社2003年版，第210页。

② 赵志华：《立功制度的法律适用》，载《国家检察官学院学报》2003年第4期。

各因素进行具体认定。

**（三）《刑法》第 390 条第 2 款的具体适用**

从刑法关于自首的规定来看，由于《刑法》在总则第 67 条规定了适用于所有犯罪的自首制度，而刑法分则中规定的特别自首仅适用于特定的犯罪，因而，在现实中必然会出现刑法总则自首和特别自首竞合的情况。主要表现为：①犯罪后，主动投案并且如实交代（供述）自己的行贿罪行，此情形完全符合《刑法》第 67 条第 1 款一般自首的规定，成立一般自首，同时符合《刑法》第 390 条第 2 款特别自首的规定；②犯罪后，由于其他犯罪行为被采取强制措施或被群众扭送等原因被动归案后，主动交代其所犯的“余罪”（这里指行贿罪），此情形符合第 67 条第 2 款准自首的特征，亦成立自首，同时构成《刑法》第 390 条第 2 款的特别自首。

在上述两种情况下，即形成总则自首和分则自首的竞合。在没有刑法分则特别规定的情况下，可以按照刑法总则的规定对行为人的行为进行认定并进行适当量刑，但由于刑法分则的特别规定，按照特别法优于普通法的原则（当然这与法条竞合的情形不尽相同），应按照刑法分则规定的特别自首来认定和处理。即《刑法》第 390 条第 2 款规定的情况和刑法总则自首竞合时，应优先适用《刑法》第 390 条第 2 款的规定认定和量刑。

**（四）胡长清行贿行为量刑法律适用的简要评析**

在胡长清一案中，在被采取强制措施后，胡长清主动揭发国家工作人员辛某、王某、刘某的受贿犯罪事实，经审查，此三人的受贿，均系胡长清本人向他们行贿。因此，胡长清的行为虽然看起来是对他人犯罪行为的揭发，实质上则是自己行贿犯罪行为供述的内容，因此，胡长清的行为不构成立功。根据《刑法》第 390 条第 2 款的规定，胡长清的行为符合刑法理论上特别自首的构成，对其行为可以“减轻处罚或免除处罚”，同时不再适用刑法总则关于自首的规定。因此，法院最后认定并适用 390 条第 2 款的规定对胡长清的行贿犯罪定罪量刑，并在二审中认定胡长清辩护人关于胡长清的行为构成立功的上诉理由不成立是正确的。但是，一审判决书中，法院认定“胡长清确实因受贿犯罪嫌疑被依法审查，主动交代了其行贿事实，但法律对行贿人在被追诉前主动交代行贿的明确规定，可以减轻处罚或免除处罚，因此不作自首立功认定。”“鉴于其行贿罪是其主动坦白交代，对其所犯行贿罪可减轻处罚。”由上述文书内容可以看出，法院在认定时并没有明确承认《刑法》第 390 条第 2 款的规定属于特别自首，相反而是指出该行为系胡长清“主动坦白交代”，将胡长清主动交代行贿事实的行为与“坦白”相

联系，不仅在刑法用语上自相矛盾，而且似与刑法理论不尽相符。因此，笔者认为，不仅是在刑法理论中承认刑法分则关于特别自首的规定，同时在司法实践中明确承认刑法分则特别规定属于自首的本质，对指导司法实践正确地把握量刑幅度也具有重要的意义。

## 八、结语

综观全文，对于胡长清一案中所延伸的刑法问题，笔者认为：（1）在厘清刑法普通受贿与间接受贿关系的基础上，《刑法》第 385 条普通受贿和第 388 条间接受贿的职务要件不是一种包含关系，而是相互独立的。前者中行为人必须是利用本人现实的职务上的便利，既包括具体的职务便利，也包括概括的职务便利；而后者职务要件的界定，笔者赞成限制制约论，行为人所利用的本人“职权或地位形成的便利条件”只能是一种平行的或纵向的非从属关系上下级之间的制约关系。

（2）关于不正当利益的界定，应分阶段进行考察。首先是考察利益的实体性质，对请托人的应得利益予以排除，并认定请托人谋取非法利益的应属于“谋取不正当利益”，其次是考察利益获得的程序，以国家工作人员的法定职务为标准，违背职务获得的利益应为不正当利益。

（3）关于贿赂与馈赠的区分，应在贿赂与馈赠各自特点的基础上，结合具体的情节进行认定。

（4）基于胡长清所具备的法定减轻量刑情节，笔者认为《刑法》第 390 条第 2 款的规定丰富了刑法中的自首制度，是特别自首，对其认定应从主体方面、时间方面、受贿对象方面及内容上来进行界定，并在最终适用上优先于刑法总则关于自首的规定。虽然胡长清案件判决已经执行完毕，但理论却仍在不断地丰富和发展，在历史和现实的结合点上，希望本文的研讨能为深化有关的刑法理论贡献绵薄之力。

（撰稿人　冯江菊*）

* 河南工业大学法学院，法学硕士。

# 附录一：

## 江西省南昌市中级人民法院刑事判决书

（2000）洪刑初字第22号

公诉机关：江西省南昌市人民检察院

被告人胡长清，男，1948年9月15日出生，汉族，湖南省常德市人，大专文化，原系江西省人民政府副省长、江西省第九届人民代表大会代表，曾任江西省人民政府省长助理、国务院宗教事务管理局副局长、国家税务总局办公室主任，家住北京市翠微中里×号楼×门×××号，常住江西省南昌市赣江宾馆1210房。因涉嫌受贿犯罪，经江西省人民代表大会常务委员会许可，1999年9月29日由最高人民检察院决定刑事拘留，9月29日由北京市公安局执行拘留，1999年10月10日由最高人民检察院决定逮捕，10月13日由北京市公安局执行逮捕，羁押于江西省看守所。

辩护人邵颖波，北京天达律师事务所律师。

辩护人刘明和，江西省律师事务所律师。

江西省南昌市人民检察院以洪检诉2000年第18号起诉书指控被告人胡长清犯受贿罪、行贿罪、巨额财产来源不明罪于2000年2月1日向本院提起公诉。本院依法组成合议庭，公开、开庭审理了本案，南昌市人民检察院指派副检察长黄文安，检察员张振川、曹运革，代理检察员赵雪燕出庭支持公诉，被告胡长清及其辩护人邵颖波、刘明和到庭参加诉讼，本案经合议庭评议，并经本院审判委员会讨论决定，现已审理终结。

江西省南昌市人民检察院指控被告人胡长清分别犯有受贿罪、行贿罪、巨额财产来源不明罪，法庭审理中，控辩双方针对指控的事实，罪名及相关的情节，当庭举证、质证和辩论，被告人胡长清作了最后陈述，综合双方争议及各自理由，本院评判如下：

一、起诉书指控被告人胡长清担任江西省人民政府副省长、省长助理，国务院宗教事务管理局副局长，国家税务总局办公室主任期间先后90次收受、索取周雪华、林树生、李卫东、李梦平、林建福、周华新、熊海根、张力祖、晏广

华、张×、唐××、晏广保、易法锡、卢卫国、刘雪英、彭传巧、符儒新人民币281.3万元，美元8万元，港币94万元，各种物品折价97.917 7万元，共计人民币545.55万元，其中索取他人财产价值人民币71.23万元，以后因此利用职务之便或利用职权形成的便利条件先后40次为上述人员谋取利益，且造成国家巨额财产损失。现已查明被告人胡长清担任江西省人民政府副省长、省长助理，国家宗教事务局副局长，国家税务总局办公室主任期间，利用职务之便，大肆收受索取他人财物的同时，为他人谋取利益，其犯罪事实如下：

（一）1997年4月至1999年7月被告人胡长清先后25次收受江西奥特汽车租赁有限公司周雪华人民币144万元，港币85万元，美元2.5万元，白金钻石戒指2枚，白金钻石领带夹2只，黄金钻石手链1条，劳力士手表2块，帝舵手表1块，白金钻石耳环1对，收受物品价值65.56万元。

1997年4月，被告人胡长清到美国参加世界稀土大会之前，在赣江宾馆住处收受周雪华美元1万元。

1997年6月，被告人胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华人民币20万元。

1997年6月20日，周雪华派陈文昊到北京胡长清家中送给胡长清的妻子孙××人民币20万元。之后，孙××将此事告诉了胡长清。

1997年7月，胡长清在赣江宾馆住处收受周雪华港币8万元。

1997年8月，周雪华、丁×、汪海洪陪同胡长清到澳门游玩期间，胡长清收受周雪华劳力士手表1块，价值人民币16.8万元；白金钻石戒指1枚，价值人民币3.574万元；黄金钻石手链1条，价值人民币2.675万元。

1997年9月上旬，胡长清在北京国家行政管理学院学习期间，周雪华派陈××到北京胡长清家中，送给胡长清妻子孙××人民币30万元。事后，孙××将此事告诉了胡长清。

1997年9月中旬，周雪华又派陈××到北京国家行政管理学院胡长清处送给胡长清人民币10万元。

1997年10月，周雪华在南昌阳光大酒店，送给胡长清之子胡×人民币1万元。事后，胡×将此事告诉了胡长清。

1997年下半年，胡长清在赣江宾馆住处收受周雪华帝舵手表1块，价值人民币1.1万元。

1998年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受周雪华人民币10万元。

1998年3月初，胡×去美国之前，胡长清在赣江宾馆住处收受周雪华港币2万元、美元5千元。

1998年上半年，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华白金钻石领带夹1枚，

价值人民币 9 万元。

1998 年 6、7 月间，周雪华在北京胡长清家中送给孙××人民币 5 万元，事后，孙××将此事告诉了胡长清。

1998 年 7 月，胡长清到非洲考察之前，在赣江宾馆住处，收受周雪华美元 1 万元。

1998 年 7、8 月间，胡长清在赣江宾馆住处收受周雪华劳力士女式手表 1 块，价值人民币 14.6 万元；白金钻石耳环 1 对，价值人民币 2.547 万元。

1998 年 7、8 月间，周雪华在赣江宾馆，先后两次送给孙××人民币 38 万元。事后，孙××将此事告诉了胡长清。

1998 年下半年，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华白金钻石戒指 1 枚，价值人民币 4.26 万元。

1999 年 1、2 月间，胡长清先后两次收受周雪华港币 65 万元，为胡××在广州购买住房一套。

1999 年 2 月，胡长清与周雪华同去南昌向塘机场，途中，在汽车上收受周雪华人民币 10 万元。

1999 年 3 月，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华白金钻石领带夹 1 枚，价值人民币 10.5 万元。

1999 年 7 月，周雪华、丁×陪孙××、胡×、胡×（胡长清之女）到香港、澳门游玩期间，周雪华分三次送给孙××、胡×、胡×港币 10 万元。事后，孙××将此事告诉了胡长清。

被告人胡长清在收受周雪华财物期间，利用职务之便，先后 12 次为周雪华谋取利益。

1997 年 7 月至 8 月间，胡长清应周雪华的要求，为江西奥特汽车租赁有限公司（周雪华为该公司法定代表人）向南昌城市信用合作社（现为南昌市商业银行）贷款一事，给该社负责人宋××、张××批示及打电话，要求给予支持并催办贷款，南昌市城市合作信用社于 1997 年 9 月 5 日违规将 200 万元人民币贷给江西奥特汽车租赁有限公司。该贷款于 1998 年 9 月 4 日已到期，现未归还。

1997 年下半年，胡长清应周雪华的要求，为江西奥特汽车租赁有限公司汽车的理赔一事，给中国财产保险有限公司江西省分公司总经理孙××打电话，要求尽快理赔。

1997 年 11 月，胡长清应周雪华的要求，为江西省温圳粮库南昌办事处（周雪华为承包人）向中国农业发展银行江西省分行申请贷款一事，给该行批示，并给该行副行长雷××打招呼，要求给予全力支持并催办贷款，致使该行营业部在

明知不应贷款的情况下，于 1997 年 12 月 15 日贷款 325 万元给江西温圳粮库南昌办事处，该贷款 1998 年 6 月 14 日到期，除归还 13 万元外，其他款项至今未归还。

1998 年上半年，胡长清应周雪华的要求，为江西奥特汽车租赁有限公司申请建立江西奥特客运停车场一事，给江西省交通厅副厅长刘××，江西省公路运输管理局局长涂××、副局长陈××，南昌市交通局局长鞠××写信、打电话，要求大力支持并给予解决。南昌市公路运输管理处被迫于 1998 年 7 月 31 日批准设立江西奥特客运停车场。

1998 年上半年，胡长清应周雪华的要求，为江西奥特客运停车场拆除围墙建门楼一事，给南昌市政府副秘书长张×打招呼，要求城管部门同意拆除围墙。

1998 年 8 月，胡长清应周雪华的要求，为江西奥特汽车客运停车场增办营运车辆进城通行证一事，给南昌市政府副秘书长曾××、南昌市公安局副局长胡××、南昌市公安局交通警察支队队长杨××打电话，要求给予支持。

1998 年 8 月，胡长清应周雪华的要求，为江西奥特客运停车场升格为客运站一事，分别给刘××、涂××、陈××、鞠××及南昌市公路运输管理处处长王×等人打电话，并宴请上述人员要求给予批准、办理。

1998 年底，胡长清应周雪华的要求，为江西奥特客运停车场服务有限公司（周雪华为法定代表人）申请用“全顺”汽车营运南昌至宜春的客运线路一事，给江铃汽车集团公司总经理孙×、宜春地区行署专员伍××及刘××、涂××、王×批示、打电话，要求给予大力支持。

1998 年 7 月，胡长清应周雪华的要求，宴请江西省公安厅交通警察总队总队长白×，要求给江西奥特汽车租赁有限公司的两辆走私车上牌。为此，江西省公安厅交通警察总队违规给这两辆走私车上了牌。

1999 年 7 月，胡长清应周雪华的要求，为江西奥特客运停车场服务有限公司的汽车在未办理控购手续的情况下先行上牌一事，给白×打招呼，要求给予上牌。为此，江西省公安厅交通警察总队违规给江西奥特客运停车场服务有限公司的 5 辆未办理控购的桑塔纳轿车办理了上牌照手续，造成国家损失 11.325 万元。

1999 年 7 月，胡长清应周雪华的要求，为江西省温圳粮库南昌办事处向江西省粮食局借款一事，给江西省粮食局局长徐××打招呼，并参加周雪华对徐××、江西省粮油总公司总经理刘定东、江西省温圳粮库主任熊友晶的宴请，要求给予支持。同年 7 月 30 日，江西省粮油总公司同意由江西省温圳粮库担保，借款 260 万元人民币给江西省温圳粮库南昌办事处。

1999 年 8 月 7 日，胡长清得知周雪华被南昌市公安局刑侦支队及进贤县公安

局传唤之后，分别给进贤县委书记戴××、南昌市公安局副局长涂××、张××打电话，要求尽快放人。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 周雪华证言，证明其本人及其委托陈××于1997年4月至1999年7月间先后25次在胡长清赣江宾馆住处、北京家中、北京国家行政管理学院、南昌阳光大酒店及香港、澳门等地给胡长清、孙××、胡×、胡×人民币144万元，港币25万元，美元2.5万元，白金钻石戒指2枚，白金钻石领带夹2只，黄金钻石手链1条，劳力士手表2块，帝舵手表1块，白金钻石耳环1对，同时证明其先后12次委托胡长清为其贷款、汽车理赔、借款、被公安局传唤及为江西奥特汽车租赁有限公司申请建立江西奥特客运停车场，及为该停车场拆除围墙建门楼，增办营运车辆进城通行证和将停车场升格为客运站等12件事谋利。

2. 孙××、胡×、胡×证言，证明他们收受周雪华财物并将收受财物之事告诉了胡长清的事实。

3. 陈××证言及相关出差凭证等书证，证明其先后3次受周雪华委托前往北京给胡长清、孙××送钱的事实。

4. 丁×、李××、周××的证言，证明周雪华在陪同胡长清在澳门游玩期间给胡购买物品。

5. 扣押物品清单，估价鉴定结论及刑事照片，证明胡长清收受物品的数量、价值及特征。

6. 宋××、张××的证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特汽车租赁有限公司申请贷款之事，在申请贷款报告上的批示，并给他们打电话，催办之事实。

7. 孙××证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特汽车租赁有限公司关于汽车理赔之事，给他打电话，要求尽快理赔之事实。

8. 王×、雷××证言，证明胡长清为周雪华的温圳粮库南昌办事处申请贷款，打电话、作批示的事实。

9. 叶××证言，证明因胡长清批示及省行领导过问，他们给周雪华发放贷款的事实。

10. 刘××、涂××、陈××、鞠××证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特汽车租赁有限公司，批建停车场之事作批示、写信、打电话，最后他们被迫批准设立江西奥特客运汽车停车场之事实。

11. 胡长清在江西奥特汽车租赁有限公司要求批建停车场报告的批示，给刘××的信等书证，证明胡长清为批建停车场作批示、写信，要求支持、办理的事实。

12. 南昌市公路管理处关于江西奥特停车场审批情况的说明，证明迫于胡长清的压力，被迫批建停车场的事实，江西奥特停车场经营许可证的书证，证明该停车场于1998年7月31日批准设立的事实。

13. 张×证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特客运停车场，拆除围墙建门楼一事，向他打招呼的事实。

14. 曾××、胡××、杨××证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特客运停车场增办营运车辆通行证一事，向他们打招呼，要求给予支持的事实。

15. 刘××、涂××、陈××、鞠××证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特客运停车场升格为客运站之事，给他们打电话，要求批准的事实。

16. 孙×证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特客运停车场服务有限公司，用“全顺”营运南昌至宜春的客运线路一事，给他打电话，要求支持的事实。

17. 伍××证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特客运停车场服务有限公司，申请营运南昌至宜春的客运线路，向他作批示、打电话催办的事实。

18. 刘××证言，证明胡长清在江铃汽车集团与江西奥特汽车停车场服务有限公司联营搞客运的报告上，向他批示，要求给予支持的事实。

19. 涂××证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特汽车客运停车场服务有限公司批营运线，向他打电话，要求帮助、协调这一事实。

20. 王×出庭作证，证明胡长清为周雪华的江西奥特汽车客运有限公司批建停车场及停车场升格为客运站和为停车场服务有限公司批营运线路等等，给他打电话，要求批准并给予支持的事实。

21. 胡长清在江铃汽车集团与江西奥特客运停车场有限公司给宜春行署报告上批示的书证，证明胡长清为江西奥特客运停车场申请营运南昌至宜春线路给伍××作批示的事实。

22. 胡长清在江铃汽车集团给江西省公路运输管理局要求支持全顺汽车参与公路营运报告上的批示等书证，证明胡长清为江西奥特客运停车场申请客运南昌至宜春线路给刘××作批示的事实。

23. 白×证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特汽车租赁有限公司两辆走私轿车上牌之事，宴请他并要求给予上牌的事实。有关上牌照介绍信及手续等书证，证明江西省交警总队应胡长清交代给两辆走私车上牌的事实。

24. 白×证言，证明胡长清为周雪华的江西奥特客运停车场服务有限公司5辆桑塔纳轿车免交控购费，上牌照之事向他打电话，要求给予上牌之事实。有关上牌照的介绍信等书证，证明江西省交警总队给5辆桑塔纳免控购费上牌照的事实。

25. 省控购办“情况说明”的书证，证明江西省奥特汽车客运停车场服务有限公司5辆桑塔纳车上牌照属于严重违反财经纪律，并造成国家损失11.325万元的事实。

26. 徐××的出庭作证，证明胡长清为江西省温圳粮库南昌办事处借款260万元之事向他打电话，并参加宴请要求给予支持的事实。

27. 戴××、涂××、张××证言，证明胡长清为周雪华被传唤之事，向他们打电话，要求他们过问，尽快放人的事实。

被告人胡长清对收受周雪华财物的事实，没有异议，但辩解：

（1）广州购房系周雪华主动向其提出，是周雪华主动到广州查看四处住房，并选中其中一套之后，主动提出由他解决住房所需的港币。其辩护人提出，认定胡长清在此事件中，向周雪华主动索要65万元港币的证据不够充足。

（2）其给张××打电话是属实的，但没有催办贷款，也不知银行系统违规给周雪华贷款，造成贷款未能按时归还，也不是他的责任。

（3）为周雪华车辆上牌照之事，给白×打电话属实，但他不知两辆车属进口车、走私车，也不知5辆桑塔纳轿车未办控购。

本院认为：

（1）虽然周雪华明确陈述该65万元港币是胡长清主动向他索要的，但被告人胡长清当庭否认这一事实，且无其他证据印证，故认定胡长清收受该65万元港币，系受贿而非索贿。

（2）胡长清作为一个省级领导，其不该在周雪华贷款申请上批字，而且几次打电话催问，正是迫于胡长清权力之威，银行才给周雪华发放贷款，而该贷款是否属于违规，是否能按期归还，胡长清主观上是放任态度，因此，对产生这种后果，胡长清负有直接责任。

（3）周雪华的证言，证明他明确告知胡长清两辆进口车的手续不齐全，白×证言也证明胡长清对他说：周雪华有两辆走私车，什么手续也没有，胡的该辩解不能成立，至于其辩解不知车辆未办控购的观点，本院认为：周雪华的证言证明他打电话给胡长清，要胡长清给白×打招呼，先给车辆上牌照，等以后再补办控购费。白×同时证明胡长清“给我打了电话，对我说：江西奥特公司比较困难，要求我对他们公司的车免收控购费。”因此，胡长清该辩解不能成立。

（二）1995年上半年至1999年7月，胡长清先后9次收受深圳裕隆实业公司林树生人民币21万元、港币9万元、美元2万元，珍珠项链2条，价值人民币8千元。

1995年上半年，胡长清在北京家中收受林树生人民币5万元。

1996年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受林树生人民币5万元。

1996年下半年，胡长清在赣江宾馆住处收受林树生人民币2万元，港币4万元。

1997年上半年，胡长清在赣江宾馆住处收受林树生人民币1万元，港币2万元。

1998年春节前，林树生汇款2万元人民币到北京给孙××。孙××分别于事前、事后将此事告诉了胡长清。

1998年5月，胡长清到深圳参加“江西招商引资新闻发布会”，在富临宾馆住处，收受林树生人民币1万元，美元2万元。

1998年6月，胡长清在赣江宾馆住处，收受林树生人民币1万元、港币3万元，并让林树生将其中的1万元人民币带到北京交给孙××。事后，孙××将此事告诉了胡长清。

1999年5月，胡长清在深圳参加“江西招商引资新闻发布会”，在富临宾馆住处，收受林树生人民币2万元。

1999年7月，胡长清在北京新兴宾馆林树生住处，收受林树生人民币2万元，珍珠项链2条，价值人民币8千元。

被告人胡长清在收受林财物期间，应林树生要求于1997年下半年，利用职务之便，为林树生在深圳、海南担任南昌卷烟厂生产的金圣牌香烟的销售总代理一事，宴请南昌卷烟厂厂长彭××，并要彭××给予支持。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 林树生证言，证明他于1995年至1999年7月间先后9次在胡长清北京家中、赣江宾馆住处、北京新兴宾馆及深圳等地给予胡长清、孙××人民币21万元、港币9万元、美元2万元、珍珠项链2条，同时，证明其请托胡长清为其在深圳、海南总代销金圣香烟谋利的事实。

2. 孙××证言，证明其收受林树生财物并将收受财物之事告诉了胡长清的经过。

3. 赃款、赃物清单，刑事照片，估价鉴定结论书，证明胡长清收受珍珠项链的数量、特征和价值。

4. 彭××证言，证明胡长清为金圣香烟在深圳、海南代销之事，请他吃饭并要求给予支持的情况。

被告人胡长清对指控其收受林树生财物之事，没有异议，但辩解其收受林树生财物属正常亲友间的经济往来，为林树生代理销售金圣牌香烟找彭厂长也并非为林树生谋利益，而是为了把江西的名优产品推向省外，因此，不能以受贿犯罪

论处。

本院认为，被告人胡长清利用本人职务之便多次收受林树生的巨额财物，并接受林树生的请托，主观上有给林树生谋利的故意，客观上实施了谋利的行为，虽然该行为在实现的同时有可能对金圣牌香烟推向外省市场有益，但不能因此而否认胡长清为林树生谋利的事实。因此，胡长清的辩解不能成立。

（三）1996 年下半年至 1999 年 7 月，被告人胡长清先后 7 次收受、索取江西金阳光企业集团有限公司李卫东人民币 16 万元、美元 2 万元，松下 29 寸彩电、爱多影碟机各 1 台，价值人民币 1 万元。

1996 年下半年，胡长清在赣江宾馆住处收受李卫东松下 29 寸彩电及爱多 VCD 各 1 台，价值人民币 1 万元。

1997 年初，胡长清在南昌阳光大酒店宴请王×等人时，向李卫东索要人民币 2 万元。之后，将此款送给王×。

1997 年 4 月，胡长清在赣江宾馆住处收受李卫东人民币 2 万元。

1998 年春节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受李卫东人民币 1 万元。

1998 年 3 月，胡×赴美之前，胡长清在赣江宾馆住处，收受李卫东美元 2 万元。

1998 年 4 月，胡长清在赣江宾馆住处，收受李卫东人民币 10 万元。

1999 年 7 月，李卫东在北京赛特饭店宴请胡长清夫妇等人时，送给胡长清人民币 1 万元，胡长清收下后，将此款交给孙××。

被告人胡长清在收受、索取财物期间，利用职务之便，先后 3 次为李卫东谋取利益。

1996 年底，胡长清应李卫东的要求为江西金阳光企业集团公司（李卫东为法定代表人）登记注册一事，给江西省工商行政管理局局长戴××打招呼，要求尽快给予办理。

1998 年下半年，胡长清应李卫东的要求为江西金阳光企业集团公司与南昌青山湖宾馆开发房地产项目，给南昌青山湖宾馆总经理段××打招呼，要求段尽快与李卫东商谈此事。

1999 年 6 月，胡长清应李卫东的要求为江西金阳光企业集团有限公司与南昌铁路局合作开发房地产项目，给南昌铁路局局长杨××打招呼，要求他们合作。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 李卫东证言，证明于 1996 年下半年至 1997 年 7 月先后 7 次在赣江宾馆住处、北京饭店等地给予胡长清人民币 16 万元、美元 2 万元，松下 29 寸彩电，爱

多VCD影碟机各一台，同时，证明其先后3次请托胡长清为江西金阳光企业集团公司登记注册，及房地产开发项目谋利事实。

2. 胡×证言，证明胡长清在给他2万美元的同时，告知这2万元美元是李卫东给的。

3. 孙××证言，证明其在赛特饭店亲眼看见李卫东给胡长清人民币1万元，胡长清随手把钱给了她。

4. 王×证言，证明其在南昌阳光大酒店收受胡长清人民币2万元。

5. 扣押物品清单、刑事照片，涉案物品估价鉴定书，证明胡长清收受李卫东物品的数量、价值、特征。

6. 戴××证言，证明胡长清为李卫东办理阳光企业集团有限公司注册登记和营业执照给他打招呼的事实。

7. 段××证言，证明胡长清为空地开发之事两次宴请他的事实。

8. 杨××证言，证明胡长清为李卫东与南昌铁路局合作开发房地产项目，宴请他的事实。

被告人胡长清当庭陈述的事实与指控之事基本一致。

（四）1998年春节至1999年7月，被告人胡长清先后8次收受江西伟梦集团公司李梦平人民币19万元、美元1.5万元。

1998年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受李梦平人民币5万元。

1998年4月，胡长清在赣江宾馆住处收受李梦平人民币5万元。

1998年6月，胡长清准备去非洲，在赣江宾馆住处分两次收受李梦平美元1.5万元。

1999年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受李梦平人民币3万元。

1999年4月，胡长清在赣江宾馆住处，收受李梦平人民币2万元。

1999年5月上旬，胡长清去深圳参加江西招商引资新闻发布会前，在赣江宾馆住处，收受李梦平人民币2万元。

1999年7月中旬，胡长清在赣江宾馆住处收受李梦平人民币2万元。

胡长清在收受李梦平财物期间，利用职务之便，先后4次为李梦平谋取利益。

1998年下半年，胡长清应李梦平的要求为江西伟梦集团公司在中国银行江西省分行开具金额为246.68万美元的信用证担保一事，给江铃汽车集团进出口公司总经理孙×打招呼，要求江铃汽车集团进出口公司为江西伟梦集团公司担保。

1998年下半年，胡长清应李梦平的要求为江西伟梦集团公司在中国农业银

行江西省分行国际业务部开具银行承兑汇票之事，给该行副行长陈×打招呼，要求给予支持。

中国农业银行江西省分行国际业务部于1998年10月分三次给江西伟梦集团公司开具997.5万元人民币的银行承兑汇票。该款1999年1月31日均已到期。现尚有591万元人民币未归还。

1998年下半年，胡长清应李梦平的要求，为江西伟梦集团公司购买江西省粮油进出口公司一闲置仓库，给江西省粮油食品进出口公司总经理王××打招呼，要求双方洽谈。

1999年3月，胡长清得知李梦平被南昌市公安局特巡警支队传唤，给南昌市公安局副局长涂××打电话，要求公安机关放人。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 李梦平证言，证明其于1998年春节至1999年7月间先后8次在胡长清的赣江宾馆住处给予胡长清人民币19万元，美元1.5万元，同时，证明其先后4次请托胡长清为其谋利。

2. 孙×证言，证明胡长清为江西伟梦集团公司在中国银行江西省分行开立信用证担保一事，约他吃饭，希望他们公司为伟梦公司担保。证明胡长清当时分管外贸业务，如果没有胡长清出面，他们公司是不会为江西伟梦集团公司提供担保的。

3. 陈×证言，证明胡长清为江西伟梦集团公司在中国农业银行江西省分行国际业务部开具银行承兑汇票一事，给他打电话，后来这件事情办成了。江西省农业银行国际业务部为伟梦公司承兑商业汇票的情况介绍及对江西省伟梦国贸有限公司银行承兑逾期说明书等书证，证明中国农业银行江西省分行国际业务部分三次给江西伟梦集团有限公司开具承兑汇票，该款均已到期，现尚有591万元人民币没有归还。

4. 王××证言，证明胡长清为江西伟梦集团公司购买江西省粮油进出口公司闲置的仓库给他打电话，要求双方合作。

5. 涂××证言，证明胡长清因李梦平被南昌市公安局特巡警支队传唤之事，给他打电话，要求公安机关放人。

以上被告人胡长清当庭陈述的事实与指控的事实，基本一致。

（五）1996年春节前至1998年4月，被告人胡长清先后8次收受香港百利福国际有限公司百利福（江西）房地产开发有限公司林建福人民币14万元，劳力士男、女手表各1块，价值人民币17.1017万元。

1996年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受林建福人民币2万元。

1996 年 4 月，林建福在北京饭店送给孙××人民币 2 万元，当时，胡长清在场。

1996 年底，胡长清在赣江宾馆住处收受林建福劳力士男式手表 1 块，价值人民币 12.101 7 万元。

1997 年初，胡长清在北京家中收受林建福劳力士女式手表 1 块，价值人民币 5 万元。

1997 年 4 月，胡长清准备去美国参加“世界稀土大会”，在赣江宾馆住处，收受林建福人民币 3 万元。

1997 年“五一”节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受林建福人民币 3 万元。

1997 年 6、7 月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受林建福人民币 2 万元。

1998 年 4 月，林建福在福州送给孙××人民币 2 万元，之后，孙××告诉了胡长清。

胡长清在收受林建福财物期间，于 1996 年 8 月应林建福的要求，利用职务之便，为解决香港百利福国际有限公司百利福（江西）房地产开发有限公司与江西省玉山县在承建房屋开发工程中产生的纠纷中，召集有关部门、单位及其负责人进行协调，要求玉山县按“安居”工程政策给林建福以优惠，并下发了会议纪要。1996 年 10 月，胡长清又指派有关部门人员到玉山县检查会议纪要落实的情况。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 林建福的证言，证明胡长清收受其给予财物的时间、地点、金额、数量及行贿的动机、谋利手段和胡长清清楚为其谋利的情况经过。

2. 袁××（林建福之妻）证言，证明林建福交待其购买男女式“劳力士”手表各一块，并与林建福一同将女式“劳力士”手表送给胡长清的经过。

3. 孙××证言，证明收受林建福财物且胡长清在场或其事后已告诉胡长清的事实。

4. 估价鉴定结论及赃物照片，证明胡长清为给林建福谋利益，组织召开了协调会，并指派他们检查了会议纪要的执行情况。

会议纪要书证，证明胡长清为林建福谋利的事实。

被告人胡长清对指控其收受林建福财物的证据本身，没有异议，但又辩解，他就林建福与江西省玉山县政府承建工程矛盾，组织召开协调会，系受省政府主要领导委托经办，是履行职责，而非接受林建福之请托而谋利。审理查明，林建福的历次陈述，均表明是请托胡长清出面协调此事，而未找其他省政府领导，其他证人证言与书证材料也未反映胡长清是受委托而召集协调会。故该辩解与事

实、证据不符，不予采纳。

（六）1997年10月至1999年8月，被告人胡长清先后10次收受南昌海威实业有限公司周华新、熊海根人民币17.5万元，白金钻石项链1条，白金钻石戒指1枚、摩托罗拉998型移动电话2部，价值人民币3.44万元。

1997年10月，胡长清到深圳参加京九铁路验收会议，在住处收受熊海根人民币1万元。

1997年底，熊海根应胡长清的要求，陪同胡×到广州办理赴美国的签证，送给胡×人民币1万元。事后，胡×将此事告诉了胡长清。

1998年春节期间，周华新陪胡长清一家四口在昆明游玩期间，为孙××购白金钻石戒指1枚，价值人民币1.68万元。

1998年初，胡长清以其子胡×出国为借口，主动向熊海根、周华新要美元，熊、周到赣江宾馆住处给胡长清人民币10万元。

1998年5月上旬，胡长清到深圳参加江西招商引资新闻发布会，在住处收受熊海根人民币1万元。

1998年5月中旬，胡长清到上海参加江西旅游促销推介会，在住处收受周华新人民币1万元。

1998年上半年，熊海根在深圳购白金钻石项链1条，价值人民币6千元，请涂××带回南昌，由徐××到赣江宾馆送给胡长清。

1999年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受熊海根人民币1.5万元。

1999年8月上旬，胡长清到昆明参加世博园江西馆活动周开幕式，收受熊海根人民币2万元。

1999年8月7日，胡长清从昆明飞抵广州，熊海根要徐××购两部摩托罗拉“998”型移动电话送给胡长清，徐××叫包××购“998”型移动电话2部，价值人民币1.16万元，交给迟××，由迟××送给胡长清。

胡长清在收受熊海根、周华新财物期间，利用职务之便，3次为熊海根、周华新谋取利益。

1998年上半年，胡长清应熊海根的要求，为帮助上海第二毛纺厂销售衣服面料一事，给南昌铁路局副局长吴×打招呼，要求给予支持。

1998年9月，胡长清应熊海根的要求，为南昌海威实业有限公司的一辆“宝马”牌轿车档案被江西省交警总队调扣一事，给白×写信，要求放行该车档案。

1999年6、7月间，胡长清应周华新的要求，帮助南昌海威实业有限公司，承接江西省建设银行营业部服装制作业务。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 周华新、熊海根证言，证明他们于1997年10月至1999年8月间先后10次在深圳、广州、昆明、上海及赣江宾馆胡长清住处给予胡长清、孙××、胡×人民币17.5万元，白金钻石项链1条，白金钻石戒指1枚，摩托罗拉“998”型移动电话两部，同时证明他们三次请托胡长清帮助上海第二毛纺厂销售衣服面料；为南昌海威实业有限公司一辆“宝马”牌轿车档案放行；帮助南昌海威实业有限公司承接江西省建设银行营业部服装制作业务之事谋利的事实。

2. 孙××证言，证明其与胡长清一起在昆明收受周华新钻石戒指1枚。

3. 胡×证言，证明其收受熊海根人民币1万元，并将此事告之胡长清。

4. 涂××证言，证明其给熊海根带过东西回南昌的事实。

5. 廖×证言，证明熊海根在昆明叫其准备2万元人民币的事实。

6. 徐××证言，证明熊海根叫其购买两部摩托罗拉“998”型移动电话的事实。

7. 包××、迟××证言，证明他们将手机送给胡长清的经过。

8. 赃物扣押物品清单，刑事照片，估价鉴定结论，证明胡长清收受物品的数量、特征、价值。

9. 吴×证言，证明胡长清为销售面料一事给他打电话，要求给予支持。

10. 写给白×的便条，证明胡长清为“宝马”牌轿车档案放行一事给白×写信。

11. 赵××证言，证明胡长清为海威实业有限公司承接服装定做业务给银行领导打电话的经过。

被告人胡长清当庭供述的事实与指控的事实基本一致。

（七）1997年9月至1999年6月，被告人胡长清先后4次收受景德镇市焦化总厂张力祖人民币17万元。

1997年9月，胡长清在北京国家行政管理学院学习期间，收受张力祖人民币4万元。

1998年9月，胡长清在厦门参加“98中国厦门投资洽谈会”期间，收受张力祖人民币3万元。

1999年5、6月间，胡长清在赣江宾馆住处，先后两次收受张力祖人民币10万元。

胡长清在收受张力祖财物前后，利用职务之便，两次为张力祖谋取利益。

1996年下半年，应张力祖的要求，为张力祖侄女张迎春调入铁路部门工作之事，给南昌铁路局局长杨××打招呼，要求予以解决。张迎春于1997年2月

调入南昌铁路局景德镇车务段工作。

1998年期间，胡长清在给景德镇市市长舒××、副市长陈××打电话时，要求对张力祖的工作予以关照。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 张力祖证言，证明请托胡长清为其侄女张迎春调入铁路部门之事谋利的事实。

2. 杨××证言，证明胡长清为张迎春调入铁路系统之事，前后4次找过他，要求其予以解决。

3. 舒××、陈××证言，证明胡长清为张力祖工作之事给他们打电话。

被告人胡长清对收受张力祖财物事实没有异议，但胡长清及其辩护人均在庭审中对指控胡长清应景德镇市焦化总厂要求贷款一事，找银行领导及为张力祖谋利提出异议，认为此举系胡长清为单位谋利。本院审查认为，胡长清受舒××等人之托为焦化总厂贷款之事，找银行要求解决，确系为单位谋利，起诉指控胡长清应张力祖的要求为张力祖谋利，于事实证据不符，该起谋利事实不予认定。

（八）1997年5、6月至1998年上半年，被告人胡长清先后两次收受江西金威集团有限公司晏广保人民币15万元。

1997年5、6月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受晏广保人民币10万元。

1998年上半年，胡长清在赣江宾馆住处，收受晏广保人民币5万元。

胡长清在收受晏广保财物期间，利用职务之便，先后两次为晏广保谋取利益。

1998年3月，胡长清应晏广保的要求，为晏广保的妻子、儿子申请赴香港定居，给江西省公安厅出入境管理处处长邹××批示，要求给予办理，江西省公安厅出入境管理处以胡省长批示为由，提前批准了侯继红、晏军生赴香港定居。

1997年5月间至1998年上半年，胡长清应晏广保的要求，为欧阳军毕业分配工作之事，给萍乡市委书记刘××、副市长胡慧贤写信、批示，为此，1998年5月欧阳军被分配到萍乡市财政局下属会计事务所工作。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 晏广保证言，证明其1997年5月至1998年上半年，先后两次在赣江宾馆胡长清住处给予胡长清人民币15万元。同时，证明其先后两次请托胡长清为其妻子、儿女申请赴香港定居及欧阳军毕业分配之事，谋利之事实。

2. 邹××证言，证明胡长清为晏广保妻子、儿女赴香港定居，在侯继红赴香港定居申请上的批示，证明了胡长清为晏广保谋利的事实。

3. 刘××证言，证明胡长清给其写信，要求其帮欧阳军安排工作。

4. 胡××证言，证明胡长清为欧阳军分配之事，给他打招呼。

5. 王××证言，证明为其儿子毕业分配之事，胡长清给刘××写了亲笔信，由于胡长清的关照，他儿子被分配到萍乡市财政局下属会计事务所工作。

6. 胡长清给刘××的亲笔信，证明了胡长清为晏广保谋利的事实。

被告人胡长清当庭供述的事实与指控的事实基本一致。

（九）1996 年下半年，胡长清通过江西省商业储运公司经理张×、江西东方实业发展有限公司唐××在南昌给胡××购买价值人民币 10.52 万元的商品房一套。1997 年 1 月 7 日，应张×要求，参加了由新建县委、县政府主要领导参加的协商会，在会上，胡长清利用职务之便，将江西省商业储运公司在新建县购地 80 亩的单价由原商定的 12 万元/亩降为 8 万元/亩，使江西省商业储运公司从中获利 320 万元人民币。为感谢胡长清，张×经与唐××商议后决定，将所购商品房以单位的名义送给胡长清，并将胡××已支付的 5 万元购房款退还胡长清。因此，胡长清实际收受江西省商业储运公司商品房一套，价值人民币 10.52 万元。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 张×、唐××证言，证明他们受委托给胡长清购买商品房，并在胡长清为其单位谋利 320 万元后，将所购商品房送给胡长清的事实经过。

2. 胡××证言，证明胡长清为其选中一套商品房，她在交付了 5 万元人民币后，取得了房屋使用权。

3. 查××、袁××证言，证明胡长清为商业储运公司谋利压价的事实经过。

4. 购商品房收据及估价鉴定，证明胡长清收受房屋的价值。

被告人胡长清当庭陈述的事实与指控事实基本一致，但其辩护人指出，起诉指控胡长清收受张×、唐××所购买的商品房一套，并为其谋利与事实不符。

本院认为：该商品房是在胡长清为江西省商业储运公司谋利 320 万元人民币前提下，由张以该公司名义送给胡长清的，因此，胡长清实际收受江西省商业储运公司给予的商品房一套。

（十）1998 年春节前至 1999 年 7 月，被告人胡长清先后 5 次收受江西通用金属材料公司晏广华人民币 4.5 万元。

1998 年春节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受晏广华人民币 2 万元。

1998 年 5 月、6 月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受晏广华人民币 1 万元。

1998 年间，胡长清先后两次主动要求晏广华为其缴纳移动电话费共计人民币 5 千元。

1999 年春节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受晏广华人民币 1 万元。

胡长清在收受晏广华财物期间，利用职务之便，先后两次为晏广华谋取

利益。

1998年底，胡长清应晏广华的要求，答应帮助江西通用金属材料公司办理汽车过户。

1998年6月至1999年8月，为江西金威集团有限公司要求新余钢铁公司调整钢材出口品种、降低价格及支付货款，给新余钢铁公司总经理张××打电话，并多次批示，要求给予解决。在胡长清的干预下，新余钢铁公司供给江西金威集团有限公司的钢材价格，在原合同的基础上被迫下调了每吨100元，造成价值24.564 14万元人民币的国有资产的损失。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 晏广华证言，证明其先后两次请托胡长清为其办理汽车过户，及为江西金威集团有限公司要求新余钢铁公司调整钢材出口品种，降低价格及支付货款以及谋利的事实。

2. 张××证言，证明胡长清为晏广华请托之事，多次打电话、批示，要求给予解决的事实。

3. 胡长清所作的批示、报告、信函已印证胡长清为晏广华谋利的事实。新余钢铁进出口公司证明，证实其让利24.5641万元及其于同年8月2日已支付货款70万元给晏广华。

被告人胡长清对其收受晏广华财物的事实和证据没有异议。但辩解他没有利用职权为晏广华谋利，更没有造成国有资产的损失。

本院审查认为，胡长清自1998年担任副省长后已不分管工业，其为江西金威公司调整钢材出口品种，降低价格及支付货款之事，给钢铁厂领导打电话、作批示，已不属职责行为，而是明显地利用职务之便为他人谋利，而且正是迫于胡长清的干预，钢铁厂才下调了钢板价格，造成经济损失24.5641万元，该国有资产的损失和胡长清为他人谋利的行为有直接的因果关系，故其辩解与事实、证据不符，不能成立。

（十一）1995年8、9月至1998年春节，被告人胡长清先后三次收受珠海易初电子技术有限公司易法锡人民币3.5万元。

1995年8、9月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受易法锡人民币2万元。

1997年春节，易法锡在北京送给胡×人民币5千元，胡×将此款交给了孙××。事后，孙××将此事告诉了胡长清。

1998年春节，易法锡在北京送给孙××人民币1万元。事后，孙××将此事告诉了胡长清。

胡长清在收受易法锡财物期间，利用职务之便，于1996年下半年帮助易法

锡在江西寻找乡镇企业入伙上市的事实。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 易法锡证言，证明其1995年8月，1997年春节至1998年春节先后三次给胡长清人民币3.5万元，同时证明其请托胡长清在江西找乡镇企业入伙上市的事实。

2. 孙××证言，证明其与女儿胡×两次收受易法锡现金并告诉胡长清的事实。

3. 陈××、孙××证言，证明胡长清为易法锡请托事由，给他们打招呼的事实。

被告人胡长清对收受易法锡财物的事实没有异议，但胡长清及其辩护人辩称，胡长清与易法锡有多年的乡友关系，其接受易法锡的钱财属正当的经济往来，帮助联系乡镇企业是为江西乡镇企业发展，不应以受贿论处。

本院认为，胡长清与易法锡虽是多年的乡友，但胡长清收受易法锡财物，均是胡长清在江西省政府任职期间，胡长清利用职务之便，接受请托为易法锡在南昌找上市企业，主观上有为易法锡谋利的故意，客观上也实施了谋利行为。

虽然该行为可能对乡镇企业的发展有利，但不能由此否认胡长清有收受财物并利用职务之便，为易法锡谋利的客观事实。故对此行为亦以受贿论处。

（十二）1995年5月至1997年9月，胡长清先后两次收受上海大弓实业有限公司卢卫国人民币2.5万元。

1995年5月，卢卫国在温州送给孙××人民币1.5万元，之后孙××将此事告诉了胡长清。

1997年9月，胡长清在北京国家行政管理学院学习期间，收受卢卫国人民币1万元。

胡长清在收受卢卫国财物期间，利用职务之便，先后3次为卢卫国谋取利益。

1994年上半年，胡长清为卢卫国承接国务院宗教事务管理局的宗教场所登记证印制业务，给国务院宗教事务管理局法规处处长张××打招呼，帮助卢卫国承接此业务。

1997年9月，胡长清应卢卫国要求，帮助卢卫国承接制作防伪印章业务。

1998年底，胡长清应卢卫国要求，给江西省国税局副局长贾××打招呼，帮助卢卫国承接江西省国税局税务登记证的印刷业务。

以上事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 卢卫国证言，证明其1995年5月和1997年9月先后两次在温州及北京给孙××、胡长清人民币2.5万元，同时证明其先后三次请托胡长清为承接登记证防伪印章及税务登记证谋利的事实。

2. 孙××证言，证明其收受卢卫国人民币 1.5 万元，并将此事告诉了胡长清的事实。

3. 国际行政管理学院来客登记表，证明卢卫国 1997 年 9 月确实到京找过胡长清。

4. 张××证言，证明胡长清 1994 年介绍温州的卢卫国到国家宗教事务局承接登记证印刷业务。

5. 贾××证言，证明胡长清为税务登记证印刷之事曾给他打电话，介绍卢卫国承接此业务。

被告人胡长清当庭陈述的事实与指控事实完全吻合。

（十三）1999 年 5 月，江西省高等公路管理局职工刘雪英与南昌市城管人员发生纠纷，被打伤住院，胡长清获悉后，打电话给南昌市政府副秘书长张×，要求严肃处理。为感谢胡长清的帮助，1999 年 7 月，刘雪英在北京送给孙××人民币 2 万元。事后，孙××将此事告诉了胡长清。

以上事实有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 刘雪英的证言，证明其 1999 年 5 月被打伤住院，得到胡长清的帮助后，为表示感谢于同年 7 月在北京送给孙××人民币 2 万元。

2. 孙××证言，证明其在收受刘雪英钱财后，将此事告诉胡长清的事实。

3. 肖×证言，证明胡长清、孙××接受刘雪英 2 万元的事实。

4. 张×证言，证明胡长清为刘雪英被打伤之事给他打电话的事实。

被告人胡长清对收受刘雪英人民币 2 万元的事实没有异议。但胡长清及其辩护人提出，胡长清并未接受刘雪英的请托，主动给刘雪英帮助，并非为收受钱财，两者没有联系，不应认为是受贿。

本院认为，被告人胡长清利用职权为他人谋利后，接受他人钱财，虽然当时没有受人之托，但事后收受钱财，主观上明知刘雪英是由于胡为其谋利而报答，故仍认定为受贿。

（十四）1998 年 6 月，玉山县县长彭传巧为调任上饶地区国税局局长之事请胡长清帮忙。胡长清利用职务之便给江西省国税局局长戴××打招呼，推荐彭传巧担任上饶地区国税局局长。1998 年 11 月，彭传巧到赣江宾馆胡的住处，以胡长清曾为其题写了书名（实际未使用胡长清题写的书名），支付稿费为名，送给胡长清金额 2 万元人民币的存折一张，胡长清收下后将此存款交给了胡××，胡××将存款全部取出。

以上事实有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 彭传巧证言，证明其 1998 年 6 月为感谢胡长清推荐其担任上饶地区国税

局局长给予胡长清2万元人民币存折一张。

2. 胡××证言，及查询存款通知书、存单、取款单、利息清单等书证，证明胡××提取存款的经过。

3. 戴××证言，证明胡长清为彭传巧调任国税局局长之事给他打电话的事实。

被告人胡长清当庭陈述的事实与指控事实基本一致。

（十五）1998年11月，海南省万泉石油有限公司经理艾承宏为中国工商银行新余市支行原行长朱浩坤被查处一事，找胡长清帮忙，为此，送给胡长清人民币2万元。胡长清在收受艾承宏财物后，利用职务之便，给中国工商银行江西省分行行长谢××打招呼，要求对朱尽量不要处理，或处理轻一些。

以上事实有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 艾承宏证言，证明其为中国工商银行新余市原行长朱浩坤被查处一事，于1998年11月找胡长清帮忙，并送给胡长清2万元人民币。

2. 符儒新证言，证明艾承宏请托胡长清办事，并委托其给胡长清人民币的事实。

3. 谢××证言，证明胡长清为朱浩坤被查处之事给他打招呼的事实。

被告人胡长清辩解该2万元人民币是符儒新所送。

本院认为，艾承宏、符儒新证言均证实胡长清收受的2万元人民币是艾承宏所给予，故该辩解不能成立。

综上所述，被告人胡长清在1994年上半年至1999年8月间，利用职务之便，为他人谋取利益，先后87次收受、索取他人财物，共计人民币544.25万元，其中索取他人现金人民币2万元，其行为已构成受贿罪，公诉机关指控的基本事实和罪名成立，本院予以确认。

关于起诉书指控胡长清收受符儒新财物，并为其谋利的事实，公诉机关当庭宣读和出示了符儒新、孙××、张××、林××的证言，以证明胡长清已收受符儒新财物，并利用职权及地位形成的便利条件，为符儒新职务升迁之事谋利。被告人胡长清辩解，其与符儒新是相识多年的朋友，其接受符儒新钱财是正当的经济往来。符儒新职务升迁不是林××一个人可以决定的，而且他早已离开税务系统，根本不可能利用过去的职权给林××施加影响。另外，他与张×不熟悉，没有为此给张×打过招呼。其辩护人指出，胡长清当时任职于国家宗教事务局，与税务系统并无横向纵向的制约关系，无法制约影响海南国税部门。因此，其行为不能认定为受贿。

本院认为，被告人胡长清与符儒新确实相识多年，其在收受符儒新财物的同

时，也回送了符儒新一些物品，而且符儒新给胡长清送钱时并未请托胡长清为自己职务升迁帮忙，胡长清也不是因接受请托为其谋利而收受财物。事实上，符儒新送钱给胡长清的时间是 1994 年和 1995 年，而符儒新是 1998 年按正常程序提拔的。胡长清个人地位所形成的便利条件，并不足以影响到海南国税局组织机构的人事任免。因此，胡长清的该起行为不构成受贿，胡长清及其辩护人的辩解意见与事实、法律相符，应予采纳，起诉书的该项指控不能成立，本院不予确认。

二、起诉书指控，被告人胡长清为他自己的职务升迁及工作调动，于 1997 年至 1999 年 6 月下旬，先后 5 次向辛××、王×、刘××行贿，共计人民币 8 万元。经审理查明：

1997 年初胡长清在南昌阳光大酒店送给王×人民币 2 万元。

1998 年 2、3 月间，胡长清在南昌送给王×人民币 1 万元。

1999 年春节期间，胡长清在北京送给王×人民币 1 万元。

1999 年春节期间，胡长清在北京保利大厦向辛××行贿人民币 1 万元。

1999 年 6 月，胡长清在赣江宾馆住处向刘××行贿人民币 3 万元。

以上事实有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 王×、辛××、刘××供述，证明胡长清给钱的时间、地点、金额和所要达到的目的。

2. 有关王×、辛××、刘××身份的书证，证明他们具有国家工作人员的身份。

被告人胡长清对其向王×、辛××、刘××行贿 8 万元的事实供认不讳，但辩解行贿事实是其主动交代，且同时检举揭发他人的犯罪行为，具有自首立功情节。

本院认为，胡长清确实因受贿犯罪嫌疑被依法审查，主动交代了其行贿事实，但法律对行贿人在被追诉前主动交代行贿的明确规定，可以减轻处罚或免除处罚，因此，不作自首立功认定。本院认为，被告人胡长清为谋取不正当利益，给国家工作人员人民币 8 万元，其行为已构成行贿罪，公诉机关指控的事实和罪名成立，本院给予确认。

三、起诉书指控，最高人民检察院在侦查过程中扣押、冻结胡长清现金、存单、房屋及贵重物品等财产共计价值人民币 793.32 万元。现已查明胡长清收受贿赂人民币 544.25 万元，胡长清用于行贿人民币 8 万元，能说明合法来源的人民币 94 万元，尚有 161.77 万元不能说明来源合法，经查证也无合法来源的证据。

经审理查明，对指控上述事实，有经法庭举证、质证的如下证据证实：

1. 扣押物品清单，涉案物品估价鉴定书，机动车销售发票，及车辆购置附加费缴费收据，购货发票，中国银行人民币外汇汇率表。证明扣押、冻结的胡长清财产共计人民币 793.32 万元。

2. 胡长清、孙××、胡×、胡×陈述，证明胡长清能说明来源合法的财产为人民币 94 万元。

被告胡长清辩解，上述财产中还有一部分来源是合法的。

本院认为，胡长清财产明显超过合法收入的部分，胡长清对其负说明责任，因其对财物合法来源未能准确陈述事实，也未能提供查证线索，不能查证事实，故辩解不能成立。

综上所述，被告人胡长清扣押、冻结的财产共计人民币 793.32 万元，加上胡长清用于行贿人民币 8 万元，共计 801.32 万元，现已查明胡长清收受贿赂人民币 544.25 万元，能说明来源合法的人民币 95.3 万元，尚有 161.77 万元人民币不能说明来源合法，经查证也无合法来源的根据，其行为已构成巨额财产来源不明罪。公诉机关指控的基本事实和罪名成立，本院予以确认。此外，被告人胡长清及其辩护人提出胡长清受贿犯罪是其主动交代，应认定为自首。公诉机关对辩护人提出的观点当庭宣读并出示了相关证据，认为被告人的行为依法不构成自首。本院审查认为，被告人胡长清因伪造证件被立案审查，在纪检、司法部门查获了其家庭巨额财产，并掌握了其收受周雪华、熊海根财物，有受贿犯罪嫌疑线索的情况下，胡长清才对所犯罪行作交代，因此，不具备自首的构成要件，不能认定为自首。

综上所述，本院认为被告人胡长清身为国家工作人员，政府高级领导干部，违反国法，利用职务之便，先后 87 次收受他人财物，共计人民币 544.25 万元，为他人谋取利益，其中索要他人现金人民币 2 万元，其行为已构成受贿罪，数额特别巨大，并造成国家财产的重大损失，社会影响极为恶劣，情节特别严重，应依法惩处。被告人胡长清为谋取不正当利益，贿赂国家工作人员人民币 8 万元，其行为构成行贿罪，鉴于其行贿罪是其主动坦白交代，对其所犯行贿罪可减轻处罚。被告人胡长清对其巨额财产明显超出合法收入的差额部分不能说明其来源合法，其行为构成巨额财产来源不明罪。公诉机关指控胡长清 3 项罪名成立，依法应当数罪并罚。本院为严惩严重经济犯罪，维护国家机关正常工作秩序和国家廉政制度，以及促进国家工作人员严格依法履行职务。依照《中华人民共和国刑法》第 12 条、第 385 条、第 386 条、第 383 条第 1 款第一项、第 389 条第 1 款、第 390 条、第 395 条第 1 款、第 69 条、第 57 条第 1 款、第 59 条之规定，判决如下：

被告人胡长清犯行贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全

部财产；犯行贿罪，判处有期徒刑 2 年；犯巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑 4 年，超出其合法收入 161.77 万元予以追缴，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收全部财产，追缴非法所得 161.77 万元。如不服本判决，可在接到判决书的第二日起，10 日内通过本院，或直接向江西省高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应提交上诉状正本 1 份，副本 2 份。

审判长：王龙彪
审判员：廖治中
黄淑彬
2002 年 2 月 15 日

# 附录二：

## 江西省高级人民法院刑事裁定书

（2000）赣刑二终字第02号

公诉机关：江西省南昌市人民检察院

上诉人（原审被告人）胡长清，男，1948年9月15日出生，汉族，湖南常德市人，大专文化，原系江西省人民政府副省长、江西省第九届人民代表大会代表，曾任江西省人民政府省长助理、国务院宗教事务管理局副局长、国家税务总局办公室主任，家住北京市翠微中里×号楼×门×××号，常住江西省南昌市赣江宾馆1210房。因本案，经江西省人民代表大会常务委员会许可，1999年9月29日由最高人民检察院决定刑事拘留，同日由北京市公安局执行拘留，1999年10月10日由最高人民检察院决定逮捕，同月13日由北京市公安局执行逮捕。现押于江西省看守所。

辩护人邵颖波，北京天达律师事务所律师。

辩护人刘明和，江西省律师事务所律师。

江西省南昌市中级人民法院审理江西省南昌市人民检察院指控被告人胡长清犯受贿罪、行贿罪和巨额财产来源不明罪一案，于2000年2月15日作出（2000）洪刑初字第22号刑事判决。原审被告人胡长清不服，提出上诉。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问被告人胡长清并听取辩护人的辩护意见，认为本案事实清楚，决定不开庭审理。本案经合议庭评议并经本院审判委员会讨论决定，现已审理终结。

原审人民法院判决认定：被告人胡长清于1994年上半年至1999年8月间，利用职务便利，先后87次收受、索取他人财物，折合人民币544.25万元，其中一次索取他人人民币2万元，并先后38次为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪，数额特别巨大，并造成国家财产的重大损失，情节特别严重。被告人胡长清为谋取不正当利益，贿赂国家工作人员8万元人民币，其行为又构成行贿罪，但此罪行系其主动坦白交代，可减轻处罚。被告人胡长清对其161.77万元的巨额财产不能说明其合法来源，其行为又构成巨额财产来源不明罪。依照《中华人民

共和国刑法》第 12 条、第 385 条、第 386 条、第 383 条第 1 款第一项、第 389 条第 1 款、第 390 条、第 395 条第 1 款、第 69 条、第 57 条第 1 款、第 59 条之规定，作出下述判决：被告人胡长清犯行贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，违法所得予以追缴，并处没收个人全部财产；犯行贿罪，判处有期徒刑 2 年；犯巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑 4 年，超出其合法收入 161.77 万元予以追缴；决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收全部财产，追缴非法所得 161.77 万元。

胡长清上诉提出，原判认定的部分事实适用法律不当，且对其减轻处罚的法定情节未予考虑。请求二审法院查明事实后，在量刑时充分考虑其减轻情节，予以减轻处罚，给其一个重新做人的机会。胡长清从以下六个方面对原判提出辩解意见。

1. 原判认定他受贿 544.25 万元中，有人民币 78.5 万元、港币 67 万元、美元 1.5 万元以及价值人民币 24.847 万元的物品，不应认定为受贿。理由是他收受上述财物并未替他人谋利，未利用其职务所分管工作的便利，故对上述收受行为应适用《刑法》第 388 条来定性，而为他人所谋之利均为正当利益。具体事实是，为奥特停车场和营运线路两件事而收受周雪华的人民币 53 万元、港币 67 万元、美元 1.5 万元及价值人民币 20.47 万元的物品；为金阳光集团登记注册及南昌铁路局合作开发房地产两件事收受李卫东的人民币 1 万元及其价值人民币 1 万元的物品；为周华新、熊海根销售上海第二毛纺厂面料、“宝马”车档案以及海威实业公司承制江西省建设银行营业部共三件事收受周华新、熊海根人民币 17.5 万元和价值人民币 3.44 万元的物品；为欧阳军毕业分配工作一事收晏广保人民币 5 万元，收受刘雪英人民币 2 万元，只是朋友间的馈赠往来。

2. 原判认定他造成国有财产重大损失一节，与事实不尽相符，其原因和责任没有分清，损失也不应全部归咎于他。具体事实是：为周雪华 5 辆未办控购的桑塔纳轿车上牌一事，给白×打电话，要其关照。但他并不知道此 5 辆车未办控购，也未要求白×违规上牌。此 11.325 万元的损失的直接责任不在他；为晏广华的江西金威集团有限公司要求新余钢铁公司调整品种、降低价格及支付货款，他给新钢总经理张××打电话及批示。但新钢公司将价格下调 100 元/吨，则完全是他们双方根据市场行情共同协商的结果，与他没有直接的关系，不能推论而全部归咎于他；为温圳粮库南昌办事处向江西省农发行贷款 325 万元一事，他批示农发行“全力支持”，但并未介入其具体事项中，至于“明知不能贷款”还将款贷出，则完全是农发行的事情；为奥特公司向南昌市商业银行贷款 200 万元一事，他作过批示，但此贷款是否违规，他不清楚。此款能否贷出，理应由银行把

握。另外，奥特公司尚有资产抵押，可减少损失。为温圳粮库南昌办事处向江西省粮油总公司拆借资金260万元一事，他给省粮食局局长徐××打过电话，并参加了宴请，但如何协商签署拆借协议，他既不知道，也未过问，是粮食系统内部的经济往来；为李梦平在江西省农行国际部开具承兑汇票997.5万元一事，他只是要求农行副行长陈×重点扶持伟梦集团的猪饲料生产，并未谈到承兑汇票的具体业务。有关情况是李梦平找陈×办的，他并不清楚。

3. 他积极主动地退清了赃款、赃物，未造成任何浪费，本应作为量刑时减轻处罚的情节，但原判却未作任何考虑。

4. 他检举揭发了国家工作人员王某非法收受上海商人詹×× 20万元人民币，又提供了4份涉及多人的有关重要线索的材料，具有立功表现，而原判并未依据有关规定来量刑减轻处罚。

5. 从1999年8月20日起，他就向中纪委坦白了主要犯罪事实，写出了交代材料，同年9月29日入狱后，又进一步向最高人民检察院写出了详细交代材料，并对过去遗忘的犯罪事实作了补充。原判判处他以极刑，说明未体现政策。

6. 原判认定的来源不明的巨额财产，经回忆，尚有以下两笔可以说明合法来源。一是河北省保定地区税务局的刘××，作为朋友在1993年至1999年间，逢年过节都要到他家看望，陆续给他家人送过5.6万元；二是河南省鹤壁市税务局的杜××，作为多年的朋友，在1992年至1997年间，送过家人2.9万元。

胡长清的辩护人邵颖波、刘明和两位律师提出了以下辩护意见：

胡长清有坦白交代其受贿犯罪事实，积极退赃、揭发他人犯罪的酌情从轻情节；收受刘××2万元人民币系正常的人际交往；5辆未办控购手续的桑塔纳轿车上牌一事，采信证据宜慎重。原判认定因胡长清批示，造成新余钢铁公司损失人民币24.564 14万元一节，胡只对降价50元/吨，即12.282 07万元的损失负责；胡长清主动交代的行贿犯罪，对于追究王×、辛××、刘××三人的刑事责任来说，也是一种立功表现。胡长清收受易××人民币3.5万元，不应认定为受贿。原判认定胡长清索取李卫东人民币2万元不妥。

经本院审理查明，上诉人胡长清的具体犯罪事实如下：

## 一、收受、索取贿赂的事实

（一）1997年4月至1999年7月，胡长清25次收受江西奥特汽车租赁有限公司（下称奥特公司）总裁周雪华人民币144万元，港币85万元，美元2.5万元，白金钻石戒指2枚，白金钻石领带夹2枚，黄金钻石手链1条，“劳力士”手表2块，“帝舵”手表1块，白金钻石耳环1对。具体事实如下：

1. 1997年4月，胡长清到美国参加“世界稀土大会”之前，在赣江宾馆住处，收受周雪华美元1万元。

2. 1997年6月，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华人民币20万元。

3. 1997年6月20日，周雪华派陈文昊到北京胡长清家中，送给胡长清的妻子孙××人民币20万元。事后，孙将此事告诉了胡长清。

4. 1997年7月，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华港币8万元。

5. 1997年8月中旬，周雪华、丁×、汪海洪陪胡长清到澳门游玩期间，胡收受周送的“劳力士”手表1块，价值人民币16.8万元；白金钻石戒指1枚，价值人民币3.574万元；黄金钻石手链1条，价值人民币2.675万元。

6. 1997年9月上旬，胡长清在北京国家行政管理学院学习期间，周雪华派陈××到北京胡长清家中，送给孙××人民币30万元。事后，孙将此事告诉了胡长清。

7. 1997年9月19日，周雪华又派陈××到北京国家行政管理学院胡长清处，送给胡长清人民币10万元。

8. 1997年10月，周雪华在南昌阳光大酒店，送给胡长清之子胡×人民币1万元。事后，胡×将此事告知了胡长清。

9. 1997年下半年，胡长清在赣江宾馆住处，收受了周雪华“帝舵”手表1块，价值人民币1.1万元。

10. 1998年春节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华人民币10万元。

11. 胡×去美国之前的1998年初，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华港币2万元、美元5千元。

12. 1998年上半年，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华白金钻石领带夹1枚，价值人民币9万元。

13. 1998年6、7月间，周雪华在北京胡长清家中，送给孙××人民币5万元。事后，孙将此事告诉了胡长清。

14. 胡长清准备去非洲的1998年7月，在赣江宾馆住处，收受周雪华美元1万元。

15. 1998年7、8月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华“劳力士”女式手表1块，价值人民币14.6万元；白金钻石耳环1对，价值人民币2.547万元。

16. 1998年7、8月间，周雪华在赣江宾馆，先后两次送给孙××人民币38万元。事后，孙××将此事告诉了胡长清。

17. 1998年下半年，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华白金钻石戒指1

枚，价值人民币 4.26 万元。

18. 1999 年 1、2 月间，胡长清先后两次向周雪华索要港币 65 万元，为胡××在广州购买住房一套。

19. 1999 年 2 月，胡长清与周雪华同去南昌向塘机场，在汽车上收受周雪华人民币 10 万元。

20. 1999 年 3 月，胡长清在赣江宾馆住处，收受周雪华白金钻石领带夹 1 枚，价值人民币 10.5 万元。

21. 1999 年 7 月，周雪华、丁×陪孙××、胡×、胡×（胡长清之女）到香港、澳门游玩期间，周雪华分三次送给孙××、胡×、胡×港币 10 万元。事后，孙将此事告诉了胡长清。

胡长清利用职务上的便利，先后 12 次为周雪华谋取利益。

1997 年 7、8 月间及 11 月和 1999 年 7 月，胡长清先后 3 次应周雪华的要求，为奥特公司、江西温圳粮库南昌办事处（周雪华为承包人）贷款和拆借资金，分别给南昌市城市信用合作社（现为南昌市商业银行）负责人宋××、张××，中国农业发展银行江西省分行副行长雷××、江西省粮食局局长徐××打电话、批示或参加宴请，要求给予支持。之后，奥特公司在南昌市城市合作信用社取得了 200 万元人民币的贷款，温圳粮库南昌办事处在江西省农业发展银行取得了 325 万元人民币的贷款，并在江西省粮食局取得了 260 万元人民币的拆借资金。除已归还 13 万元人民币外，其余贷款均逾期未还。

1997 年下半年、1998 年 7 月和 1999 年 7 月，胡长清先后 3 次应周雪华的要求，为奥特公司汽车理赔、两辆手续不全的进口轿车上牌及奥特停车场服务有限公司的 5 辆未办理控购手续的桑塔纳轿车上牌之事，分别给中国财产保险有限公司江西省分公司总经理孙××、江西省公安厅交通警察总队总队长白×打电话、批示或参加宴请，要求予以办理。交警总队违规为以上 7 辆轿车上了牌，其中 5 辆未办控购的轿车上牌造成国家损失 11.325 万元人民币。

1998 年上半年、8 月和年底，胡长清先后 5 次应周雪华的要求，为奥特公司申请设立“江西奥特客运停车场”（下称奥特停车场）及该停车场升格为“客运站”、拆除围墙门楼、增办营运车辆进城通行证、申请用“全顺”汽车营运南昌至宜春的客运线路，分别给江西省交通厅副厅长刘××，江西省公路运输管理局局长涂××、副局长陈××，南昌市交通局局长鞠××、南昌市公路管理处处长王×、南昌市政府副秘书长张×、曾××、南昌市公安局副局长胡××、江铃汽车集团公司总经理孙×及宜春地区行署专员伍××等人批示、写信、打电话，要求给予支持。之后，南昌市公路运输管理处批准建立了奥特停车场。

1999 年 8 月 7 日，胡长清得知周雪华被南昌市公安局刑侦支队及进贤县公安局传唤之后，分别给进贤县委书记戴××、南昌市公安局副局长涂××、张××打电话，要求尽快放人。

上述事实，有以下证据证实：

1. 周雪华证言，证明其本人及其委托陈××于 1997 年 4 月至 1999 年 7 月间先后 25 次在胡长清赣江宾馆住处或北京家中、国家行政学院、南昌阳光大酒店及香港、澳门等地，给予胡长清、孙××、胡×、胡×上述数量的钱和物，同时还证明胡长清先后 12 次为其贷款等上述事项谋利。

2. 孙××、胡×、胡×证言，证明他们收受周雪华财物并将收受财物之事告诉胡长清的经过。

3. 陈××证言及相关出差凭证等书证，证明其先后三次受周雪华委托前往北京给胡长清、孙××送钱的经过。

4. 丁×、李××、周××的证言，证明周雪华在陪同胡长清到澳门游玩期间，送胡长清物品的经过。

5. 扣押物品清单，估价鉴定结论及刑事照片，证明胡长清收受物品的数量、价值及特征。

6. 宋××、张××、雷××、王×、叶××、涂××证言，证实胡长清为奥特公司和温圳粮库南昌办事处贷款、拆借资金之事给他们打电话、批示或参加宴请，要求给予支持的事实。

7. 孙××、白×证言，证实胡长清为汽车理赔及轿车违规上牌之事，给他们批示、打电话或参加宴请，要求予以办理的事实。

8. 有关上牌照介绍信及手续等书证，证实江西省交警总队为 7 辆轿车违规上牌的事实。

9. 江西省控购办“情况说明”的书证，证实这五辆桑塔纳车上牌前未办控购，应按照购车市场价的 15％交纳控购附加费。该行为属于严重违反财经纪律。

10. 张×、曾××证言，证实胡长清为奥特停车场拆除围墙建门楼一事给他们打招呼；孙×、伍××证言，证实胡长清为奥特客运公司用“全顺”牌汽车营运南昌至宜春客运线路给他们写信、批示、打电话；刘××、涂××、陈××、鞠××证言，证实胡长清为设立奥特客运汽车停车场及该停车场升格为“客运站”、拆除围墙建门楼、奥特客运公司用“全顺”汽车营运南昌至宜春客运线路 4 件事给他们写信、批示、打电话；上述证言均证实了胡长清要求他们予以支持的事实。

11. 胡长清给刘××、伍××的批示、书信；奥特停车场“经营许可证”；

南昌市交通运输管理处“关于江西奥特停车场审批情况说明”。

12. 戴××、涂××、张××证言，证明胡长清为周雪华被传唤之事，向他们打电话，要求尽快放人。

13. 胡长清对上述事实均有供述。

（二）1995年上半年至1999年7月，胡长清先后9次收受深圳裕隆实业公司的林树生人民币21万元、港币9万元、美元2万元和价值人民币8千元的珍珠项链2条。

1995年上半年，胡长清在北京家中收受林树生人民币5万元。

1996年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受林树生人民币5万元。

1996年下半年，胡长清在赣江宾馆住处收受林树生人民币2万元和港币4万元。

1997年上半年，胡长清在赣江宾馆住处收受林树生人民币1万元，港币2万元。

1998年春节前，林树生汇款2万元人民币到北京给孙××。孙于事前或事后将此事告知了胡长清。

1998年5月，胡长清到深圳参加“江西招商引资新闻发布会”期间，在其富临宾馆住处收受林树生人民币1万元，美元2万元。

1998年6月，胡长清在赣江宾馆住处，收受林树生人民币1万元、港币3万元，并让林树生将其中的1万元人民币带到北京交给了孙××。事后，孙将此事告诉了胡长清。

1999年5月，胡长清在深圳参加“江西招商引资新闻发布会”。在富临宾馆住处，收受林树生人民币2万元。

1999年7月，胡长清在北京新兴宾馆林树生住处，收受林树生人民币2万元和价值人民币8千元的珍珠项链2条。

胡长清于1997年下半年，利用职务上的便利，为林树生要求担任南昌卷烟厂生产的“金圣”牌香烟在深圳、海南销售总代理一事，宴请南昌卷烟厂厂长彭××，并要彭××给予支持。

上述事实，有以下证据证实：

1. 林树生证言，证实他于1995年至1999年7月间，先后9次在胡长清的家中、赣江宾馆住处、北京新兴宾馆及深圳等地给予胡长清、孙××上述数量的财物，同时证明胡为其在深圳、海南代销“金圣”香烟一事谋利。

2. 孙××证言，证实其收受林树生财物并告知胡长清的经过。

3. 扣押物品清单、刑事照片、估价鉴定结论书，证实胡长清收受珍珠项链

的数量、特征和价值。

4. 彭××证言，证实胡长清要他支持林某担任“金圣”牌香烟在深圳、海南的销售总代理，并请他吃饭的事实。

5. 胡长清对上述事实供认不讳。

（三）1996 年下半年至 1999 年 7 月，胡长清先后 6 次收受、一次索取江西金阳光企业集团有限公司的李卫东（曾用名李建平）人民币 16 万元、美元 2 万元和价值人民币 1 万元的“松下”29 英寸彩电、VCD 各 1 台。具体事实如下：

1996 年下半年，胡长清在赣江宾馆住处，收受李卫东“松下”29 英寸彩电及 VCD 影碟机各 1 台，价值人民币 1 万元。

1997 年初，胡长清在南昌阳光大酒店宴请王×等人时，向李卫东索要人民币 2 万元，之后，将此款送给了王×。

1997 年 4 月，胡长清在赣江宾馆住处收受李卫东人民币 2 万元。

1998 年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受李卫东人民币 1 万元。

1998 年 3 月，胡长清在赣江宾馆住处，收受李卫东的美元 2 万元，并在胡×赴美前给了胡×。

1998 年 4 月，胡长清在赣江宾馆住处，收受李卫东人民币 10 万元。

1999 年 7 月，李卫东在北京赛特饭店宴请胡长清夫妇等人时，送给胡人民币 1 万元，胡收下后将此款交给了孙××。

上诉人胡长清利用职务上的便利，于 1996 年底、1998 年下半年及 1999 年 6 月，三次应李卫东的要求，为江西金阳光企业集团公司登记注册、与南昌青山湖宾馆开发空地项目及与南昌铁路局合作开发房地产项目之事，分别给江西省工商行政管理局局长戴××、南昌青山湖宾馆总经理段××、南昌铁路局局长杨××打招呼，要求尽快办理或予以合作。

上述事实，有以下证据证实：

1. 李卫东证言，证实其于 1996 年下半年至 1997 年 7 月在赣江宾馆胡长清住处、南昌阳光大酒店、北京赛特饭店等地，一次索要及 6 次主动给予胡长清上述数量财物的事实，同时证明胡先后 3 次为其公司谋利。

2. 胡×证言，证明胡长清在给他 2 万美元的同时，告知这 2 万美元是李卫东给的。

3. 孙××证言，证明其在赛特饭店亲眼见李卫东给胡长清人民币 1 万元，胡长清当即把钱给了她。

4. 王×证言，证明其在南昌阳光大酒店收受胡长清人民币 2 万元。

5. 扣押物品清单、刑事照片，涉案物品估价鉴定书，证明胡长清收受李卫

东物品的数量、价值、特征。

6. 戴××、段××、杨××证言，证实胡长清上述3件事给他们打招呼或宴请的事实。

7. 胡长清对上述事实供认不讳。

（四）1998年春节至1999年7月，胡长清先后8次收受江西伟梦集团公司李梦平人民币19万元、美元1.5万元。具体事实如下：

1998年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受李梦平人民币5万元。

1998年4月，胡长清在赣江宾馆住处收受李梦平人民币5万元。

1998年6月，胡长清在赣江宾馆住处，分两次收受李梦平美元共计1.5万元。

1999年春节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受李梦平人民币3万元。

1999年4月，胡长清在赣江宾馆住处，收受李梦平人民币2万元。

1999年5月上旬，胡长清在赣江宾馆住处，收受李梦平人民币2万元。

1999年7月，胡长清在赣江宾馆住处，收受李梦平人民币2万元。

胡长清利用职务上的便利，先后4次为李梦平谋取利益。

1998年下半年，胡长清先后两次应李梦平的要求，为江西伟梦集团公司在中国银行江西省分行开立金额为246.68万美元的信用证担保及在中国农业银行江西省分行国际业务部开具银行承兑汇票之事，分别给江铃汽车集团进出口公司总经理孙×、中国农业银行江西省分行副行长陈×打招呼，要求予以支持。江铃汽车集团进出口公司为江西伟梦集团公司进行了担保；“农行国际业务部”亦分三次开具了997.5万元人民币的银行承兑汇票，该款尚有590余万元人民币未归还。

1998年下半年，胡长清应李梦平的要求，为江西伟梦集团公司购买江西省粮油食品进出口公司一闲置仓库，给该公司总经理王××打招呼，要求双方洽谈。

1999年3月，胡长清得知李梦平被南昌市公安局特巡警支队传唤，给南昌市公安局副局长涂××打电话，要求公安机关放人。

上述事实，有以下证据证实：

1. 李梦平证言，证实其于1998年春节至1999年7月间，先后8次在赣江宾馆胡长清的住处，给予胡上述数额的现金，同时证明胡4次为其谋利。

2. 孙×证言，证明因胡长清要求，江铃进出口公司为伟梦公司担保的事实。

3. 陈×证言，证明胡长清为江西伟梦集团公司在中国农业银行江西省分行国际业务部开具银行承兑汇票之事，给他打电话的事实。

4. 江西省农业银行国际业务部为伟梦公司承兑商业汇票的情况介绍及对江西省伟梦国贸有限公司银行承兑逾期说明书等书证，证明中国农业银行江西省分行国际业务部分三次给江西伟梦集团有限公司开具承兑汇票，该款均已到期，现尚有591万元人民币没有归还。

5. 王××证言，证明胡长清为江西伟梦集团公司购买江西省粮油进出口公司一闲置仓库，给他打电话，要求双方合作。

6. 涂××证言，证明胡长清因李梦平被南昌市公安局特巡警支队传唤一事，给他打电话，要求公安机关放人。

7. 胡长清对上述事实供述不讳。

（五）1996年春节前至1998年4月，胡长清先后8次收受百利福（江西）房地产开发有限公司的林建福人民币14万元和价值人民币17.101 7万元的“劳力士”男、女手表各1块。具体事实如下：

1996年春节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受林建福的人民币2万元。

1996年4月，林建福在北京饭店送给孙××人民币2万元，胡长清当时在场。

1996年底，胡长清在赣江宾馆住处，收受林建福“劳力士”男式手表1块，价值人民币12.101 7万元。

1997年初，胡长清在北京的家中，收受林建福“劳力士”女式手表1块，价值人民币5万元。

1997年4月，胡长清准备去美国参加“世界稀土大会”，在赣江宾馆住处，收受林建福人民币3万元。

1997年“五一”节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受林建福的人民币3万元。

1997年6、7月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受林建福人民币2万元。

1998年4月，林建福在福州送给孙××人民币2万元，之后孙告诉了胡长清。

胡长清应林建福的要求，利用职务之便，为解决百利福（江西）房地产开发有限公司与江西省玉山县在承建安居工程中产生的纠纷，于1996年8月，召集有关部门及单位负责人进行协调，并下发了会议纪要。同年10月，胡又指派有关部门人员到玉山县检查会议纪要的落实情况。

上述事实，有以下证据证实：

1. 林建福的证言，证明其于1996年春节前至1998年4月间，先后8次在胡长清的家中、赣江宾馆住处、北京饭店及福州等地，给予胡长清、孙××上述数

量的财物，同时证明胡为其解决承建房屋开发工程纠纷一事谋利的事实。

2. 林建福之妻袁××证言，证明林交代其购买男、女式“劳力士”手表各1块，并与林一同将女式“劳力士”手表给胡长清的经过。

3. 孙××证言，证明其在北京饭店收受林建福2万元人民币、胡长清在场，同时证明其在福州收受林建福2万元人民币，事后将此事告诉了胡长清。

4. 扣押物品清单、刑事照片、涉案估价鉴定结论书，证明胡长清收受手表的数量、特征、价值。

5. 陈××、叶××、雄×证言，证明胡长清主持召开了协调会并下发会议纪要及指派人员检查的事实。

6. “会议纪要”证明胡长清为林建福谋利。

7. 胡长清对上述事实均有供述。

（六）1997年10月至1999年8月7日，胡长清先后10次收受南昌海威实业有限公司的周华新、熊海根的人民币17.5万元和价值人民币3.44万元的白金钻石项链1条，白金钻石戒指1枚，摩托罗拉998型移动电话两部。具体事实如下：

1997年10月，胡长清在深圳参加“京九铁路”验收会议，在住处收受熊海根人民币1万元。

1997年底，熊海根陪同胡×到广州办理赴美国的签证，送给胡×人民币1万元。事后，胡×将此事告诉了胡长清。

1998年春节期间，周华新陪胡长清一家4口在昆明游玩期间，为孙××购买价值人民币1.68万元的白金钻石戒指1枚。

1998年初，胡长清在赣江宾馆住处收受熊海根、周华新人民币10万元。

1998年5月上旬，胡长清到深圳参加“江西招商引资新闻发布会”，在住处收受熊海根人民币1万元。

1998年5月中旬，胡长清在上海参加“江西旅游促销推介会”期间，在住处收受周华新人民币1万元。

1998年上半年，熊海根在深圳购买价值人民币6千元的白金钻石项链1条，请涂××带回南昌，并由徐××到赣江宾馆送给胡长清。

1999年春节前，胡长清在赣江宾馆住处，收受熊海根人民币1.5万元。

1999年8月上旬，胡长清昆明参加“世博园江西馆活动周开幕式”期间，收受熊海根人民币2万元。

1999年8月7日，胡长清从昆明飞抵广州，熊海根应胡长清的要求，叫徐某购两部摩托罗拉“998型”移动电话送给胡长清，徐即叫包某花人民币1.16万

元购买后交由迟某送给胡长清。

1998年上半年、9月和1999年6、7月间，胡长清3次应周华新、熊海根的要求，为帮助上海第二毛纺厂销售衣服面料一事、南昌海威实业有限公司一辆“宝马”牌轿车档案放行以及承接江西省建设银行营业部服装制作业务之事，分别给南昌铁路局副局长吴×、江西省公安厅交警总队队长白×及省建行领导打电话、写便条，要求予以支持。

上述事实，有以下证据证实：

1. 周华新、熊海根证言，证明他们于1997年10月至1999年8月间，先后10次在深圳、广州、昆明、上海及赣江宾馆胡长清住处给予胡长清、孙××、胡×上述数量的财物，同时证明胡3次为其谋利的事实。

2. 孙××证言，证明其与胡长清一起在昆明收受周华新钻石戒指1枚。

3. 胡×证言，证明其收受熊海根人民币1万元，并将此事告知胡长清。

4. 徐某、包某、迟某证言，证明胡长清收受两部摩托罗拉“998”型手机的经过。

5. 赃物扣押物品清单，刑事照片，估价鉴定结论，证明胡长清收受物品的数量、特征、价值。

6. 吴×、赵××证言，证明胡长清为销售面料及承接服装定做业务之事分别给他们打电话，要求给予支持。

7. 胡长清写给白×的便条，证明胡长清为“宝马”牌轿车档案放行一事给白×写信。

8. 胡长清对上述事实均有供认。

（七）1997年9月至1999年6月，胡长清先后4次收受景德镇市焦化总厂的张力祖人民币17万元。具体事实如下：

1997年9月，胡长清在国家行政管理学院学习期间，收受张力祖人民币4万元。

1998年9月，胡长清在厦门参加“98中国厦门投资洽谈会”期间，收受张力祖人民币3万元。

1999年6月间，胡长清在赣江宾馆住处，先后两次共收受张力祖人民币10万元。

胡长清利用职务之便，两次为张力祖谋取利益：

1996年下半年，应张力祖的要求，为张侄女张迎春调入铁路部门工作之事，给南昌铁路局局长杨××打招呼，要求予以解决。张迎春于1997年2月调入南昌铁路局景德镇车务段工作。

1998年上半年，胡长清给景德镇市市长舒××、副市长陈××打电话，要求对张力祖的工作予以关照。

上述事实，有以下证据证实：

1. 张力祖证言，证明其于1997年9月至1999年6月间，先后4次在北京、厦门及赣江宾馆胡长清住处，给予胡长清人民币17万元，同时证明胡为其谋利的事实。

2. 杨××证言，证明胡长清为张迎春调入铁路系统之事，前后4次找过他，要求予以解决。

3. 舒××、陈××证言，证明胡长清曾给他们打电话，要求关照张力祖。

4. 胡长清对上述事实供认不讳。

（八）上诉人胡长清两次收受江西金威集团有限公司的晏广保人民币15万元。具体事实如下：

1. 1997年5、6月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受晏广保人民币10万元。

2. 1998年上半年，胡长清在赣江宾馆住处，收受晏广保人民币5万元。

胡长清利用职务之便，两次为晏广保谋取利益。

1998年3月，胡长清应晏广保的要求，为晏妻侯继红、儿子晏军生申请赴香港定居，给江西省公安厅出入境管理处处长邹××批示，要求给予办理。该处以胡长清批示为由，提前批准了晏妻、子赴香港定居。

1997年底和1998年上半年，胡长清应晏广保的要求，为欧阳军毕业分配工作之事，给萍乡市委书记刘××、副市长胡慧贤写信、批示。

以上事实，有以下证据证实：

1. 晏广保证言，证明其1997年5、6月至1998年上半年，两次在赣江宾馆胡长清住处，送给胡人民币15万元。同时，证实胡两次为其谋利的事实。

2. 邹××证言，证实为晏妻、子赴香港定居一事，胡长清在侯继红的申请报告上批示。

3. 胡长清在侯继红赴港申请上的批示，证实了胡为晏谋利的事实。

4. 刘××、胡××、王××证言，证实胡长清为欧阳军安排工作一事给刘××、胡慧贤打招呼、写便条的事实。

5. 胡长清给刘××的亲笔信。

6. 胡长清对上述事实供认不讳。

（九）1996年下半年，胡长清通过江西省商业储运公司经理张×、江西东方实业发展有限公司的唐××在南昌为胡××购得价值人民币10.52万元的商品房一套。后因胡长清在新建县委、县政府与江西省尚有储运公司就土地出让一事的

协商会上，利用职务之便，使储运公司从中获利320万元人民币该公司将所购商品房相送以示感谢，并将胡××已支付的5万元购房款交给胡长清。

上述事实，有以下证据证实：

1. 张×、唐××证言，证实他们受委托给胡长清购买商品房，并在胡长清为其单位谋利320万元后，将所购商品房送给胡的事实。

2. 胡××证言，证实胡长清为其选中一套商品房，她在交付了5万元人民币后，取得了房屋所有权。

3. 查××、袁××证言，证明胡长清为商业储运公司谋利压价的事实。

4. 购房收据及估价鉴定结论书，证明胡长清收受房屋的价值。

5. 胡长清对上述事实供认不讳。

（十）上诉人胡长清先后3次收受江西通用金属材料公司晏广华人民币4.5万元、两次要求晏为其交纳移动电话费共5千元。

1. 1998年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受晏广华人民币2万元。

2. 1998年5、6月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受晏广华人民币1万元。

3. 1999年春节前，胡长清在赣江宾馆住处收受晏广华人民币1万元。

4. 1998年间，胡长清两次要求晏广华为其缴纳共计人民币5千元的移动电话费。

胡长清利用职务之便，先后两次为晏广华谋取利益。

1998年底，应晏的要求，胡答应帮助江西通用金属材料公司办理汽车过户。

1998年6月至1999年8月，为江西金威集团有限公司要求新余钢铁公司调整钢材品种、降低价格及支付货款，给新钢总经理张某打电话及批示，要求给予解决，新余钢铁公司遂于原合同的基础上被迫下调了100元/吨，损失24.564 14万元人民币。

上述事实，有以下证据证实：

1. 晏广华证言，证实其于1998年春节前至1999年春节，先后3次在赣江宾馆胡长清住处，送胡人民币4万元并两次为胡缴纳移动电话费人民币5千元，同时证明胡两次为其谋利的事实。

2. 张××证言，证明胡长清为晏广华请托之事，多次打电话及批示的事实。

3. 胡长清所作批示的报告、信函，以印证胡长清为晏广华谋利的事实。

4. 新余钢铁进出口公司证明，证实其让利24.564 14万元。

5. 胡长清对上述事实亦有供述。

（十一）上诉人胡长清先后3次收受珠海易初电子技术有限公司易法锡的人民币3.5万元。具体事实如下：

1. 1995年8、9月间，胡长清在赣江宾馆住处，收受易法锡人民币2万元。

2. 1997年春节，易法锡在北京送给胡×人民币5千元，胡×将此款交给了孙某。事后，孙某将此事告诉了胡长清。

3. 1998年春节，易法锡在北京送给孙某人民币1万元。事后，孙将此事告诉了胡长清。

胡长清利用职务上的便利，于1996年下半年帮助易法锡在江西寻找乡镇企业加盟上市。

上述事实，有以下证据证实：

1. 易法锡证言，证实其于1995年8月至1998年春节，先后3次给予胡长清人民币3.5万元，同时证实胡为谋利。

2. 孙××证言，证实其与胡×两次收受易法锡现金并告诉胡长清的事实。

3. 陈××证言，证实胡长清为易法锡请托事由给他们打招呼的事实。

4. 胡长清对上述事实供认不讳。

（十二）上诉人胡长清先后2次收受上海大弓实业有限公司的卢卫国人民币2.5万元。具体事实如下：

1. 1995年5月，卢卫国在温州送给孙××人民币1.5万元，之后孙将此事告诉了胡长清。

2. 1997年9月，卢在国家行政管理学院送给胡长清人民币1万元。

1994年上半年、1997年9月、1998年年底，胡长清3次应卢的要求，为卢的公司承接宗教场所登记证印制业务、制作防伪印章业务及税务登记证印刷业务，分别给国务院宗教事务管理局法规处处长张××、江西省国税局副局长贾××打招呼，要求支持。

上述事实，有以下证据证实：

1. 卢卫国证言，证实其于1995年5月和1997年9月，先后两次在温州及北京，给予孙某及胡长清人民币2.5万元，同时证实胡三次为其谋利的事实。

2. 孙××证言，证实其收受卢卫国人民币1.5万元后，将此事告诉了胡长清的事实。

3. 国家行政学院来客登记表，证实卢卫国于1997年9月找过胡长清。

4. 张××、贾××证言，证实胡长清为卢某的公司承接业务之事分别给他们打招呼。

5 胡长清对上述事实供认不讳。

（十三）1999年5月，江西省高等公路管理局职工刘雪英与南昌市城管人员发生纠纷，被打伤住院，胡长清获悉后，打电话给南昌市政府副秘书长张×，要

其严肃处理肇事者。为感谢胡的帮忙，1999 年 7 月，刘在北京送给孙××人民币 2 万元。事后，孙将此事告诉了胡长清。

上述事实，有以下证据证实：

1. 刘雪英证言，证实其被打伤住院期间得到胡长清的帮助，为表示感谢，于 1999 年 7 月，在北京送给孙××人民币 2 万元。

2. 孙××证言，证实其将收受刘某钱财一事告诉了胡长清。

3. 肖×证言，证实胡长清、孙××接受刘雪英人民币 2 万元。

4. 张×证言，证实胡长清为刘雪英被打之事给他打电话。

5. 胡长清对上述事实亦有供述。

（十四）1998 年 6 月，玉山县县长彭传巧为调任江西省上饶地区国税局局长之职请托于胡长清，胡打电话向江西省国税局局长戴××举荐彭。同年 11 月，彭到赣江宾馆胡的住处，以胡为其题写了书名支付稿费为名，送给胡金额 2 万元人民币的存折一张，胡长清收下后将存折交给了胡××，胡××将此款全部取出。

上述事实，有以下证据证实：

1. 彭传巧证言，证实其于 1998 年 11 月，为感谢胡长清举荐一事送胡 2 万元人民币存折一张。

2. 戴××证言，证实胡长清为举荐彭传巧一事给其打电话。

3. 胡长清对上述事实供认不讳。

（十五）1998 年 11 月，海南省万泉石油有限公司经理艾承宏为中国工商银行新余市支行原行长朱浩坤被查处一事，找胡长清帮忙，为此，艾通过符儒新送胡人民币 2 万元。之后，胡给中国工商银行江西省分行行长谢××打招呼，要求对朱尽量不要处理或从轻处理。

上述事实，有以下证据证实：

1. 艾承宏证言，证实其为中国工商银行新余市支行原行长朱浩坤被查处一事找胡长清帮忙，并通过符儒新送胡 2 万元人民币。

2. 符儒新证言，证明艾请托胡长清办事并委托其给胡人民币 2 万元的事实。

3. 谢××证言，证明胡长清为朱浩坤被查处之事给他打招呼。

4. 胡长清对上述事实供认不讳。

综上，上诉人胡长清在 1994 年上半年至 1999 年 8 月间，利用职务便利，先后 86 次收受、1 次索取他人财物共计折合人民币 544.25 万元，其中索取他们人民币 2 万元；38 次为他人谋取利益。胡本人对收受财物和为他人谋利的事实始终供认不讳，只对部分事实的定性以及谋利程度、性质等方面持有异议。本节事

实清楚，证据确实、充分，应予认定。

## 二、行贿的事实

上诉人胡长清为了自己职务提升及工作调动，先后5次向国家工作人员辛××、王×、刘××行贿8万元人民币。具体事实如下：

1. 1997年初，胡长清在南昌阳光大酒店向王×行贿人民币2万元。
2. 1998年2、3月间，胡长清在南昌向王×行贿人民币1万元。
3. 1999年春节期间，胡长清在北京向王×行贿人民币1万元。
4. 1999年春节期间，胡长清在北京保利大厦向辛××行贿人民币1万元。
5. 1999年6月，胡长清在赣江宾馆住处向刘××行贿人民币3万元。

上述事实，有以下证据证实：

1. 王×、辛××、刘××证言，证实胡长清行贿的时间、地点、金额、方式及所要达到的目的。
2. 有关王×、辛××、刘××身份的书证，证明他们具有国家工作人员的身份。
3. 胡长清对上述事实供认不讳。

胡长清为谋取不正当利益，给予国家工作人员人民币8万元，但此事实系其被追诉前主动交代。上诉人胡长清对行贿事实不持异议。本节事实清楚，证据确实、充分，应予认定。

## 三、巨额财产来源不明的事实

检察机关在侦查过程中，扣押、冻结胡长清现金、存单、房屋及贵重物品等财产共计人民币793.32万元。现已查明胡长清收受贿赂人民币544.25万元（其中2万元用于行贿），胡长清及其家人能说明合法来源的人民币95.3万元，尚有159.77万元人民币（含用于行贿的6万元）不能说明来源合法，经查证也无合法来源的证据。

上述事实，有以下证据证实：

1. 扣押物品清单，涉案物品估价鉴定书，机动车销售发票及车辆购置附加费缴费收据，购货发票，中国银行人民币外汇汇率表，证明扣押、冻结的胡长清财产共计人民币793.32万元。
2. 胡长清、孙××、胡×、胡×陈述，证明胡长清能说明来源合法的财产为人民币95.3万元。

本节事实清楚，证据确实、充分，应予认定。

关于胡长清的上诉理由和其辩护人的相关辩护意见，本院评析如下：

1. 关于胡长清上诉提出，部分收受他人财物的行为不能认定为受贿犯罪的观点，本院认为，上诉人胡长清在担任江西省人民政府副省长职务期间，对全省各级政府的工作具有法定领导权，这种职权是统一不可分割的。省政府组成人员的日常分工，只是行使这一职务的方式，而不是将职权分割。换言之，胡长清在其担任副省长职务期间，虽不直接分管交通、毕业生分配等工作，但他对这些本属于政府职能范围内的事项仍具有领导职权，在这些范围内为他人谋利，应属于利用了职务的便利。事实上，胡长清在其不分管的部门为他人谋利时，均批示或要求有关部门或下级政府办理，而并非斡旋他们办理。胡就此收受他人财物的行为，应适用《刑法》第385条的规定定性。至于所谋之利是否正当，则不影响本罪的构成。因此，胡长清认为部分收受财物的行为不构成受贿罪的上诉理由，不能成立，应予驳回。

胡长清上诉及其辩护人辩护提出，收受刘雪英的2万元人民币是人情交往中的赠与关系。本院认为，胡长清明知刘雪英送钱是感谢他在给南昌市政府副秘书长张×打电话，解决了刘雪英被打之后的医治及费用等事项，而收受刘2万元，其行为应认定为受贿。故上诉理由及辩护意见均不能成立。

辩护人提出，胡长清收受易法锡人民币3.5万元不应认定为受贿。本院认为，胡长清与易法锡虽系同乡，尚有些交情，但胡在收易的财物期间，应易的请求，利用自己职务便利为易谋利。因此，胡收受钱财的行为构成受贿。辩护人的此辩护意见不能成立。

2. 关于胡长清上诉提出，不应将造成国有财产重大损失的责任全部归咎于他的观点，本院认为，上诉人胡长清应周雪华的请求，打电话给白×，要其给江西奥特公司未办控购手续的五辆桑塔纳轿车上牌。此一事实，有周雪华和白×的证言在卷证实。周称他打电话给胡长清，要胡给白×打招呼，先上牌，等以后再补控购费。由此可见，上诉人胡长清并非“不知道未办控购手续”。此上诉理由及辩护意见与事实不符，不能成立。上诉人胡长清应晏广华的要求，多次给新钢公司董事长张××批示、打电话，要新钢在价格等方面照顾晏的江西金威集团有限公司，在此情况下，新钢公司才把钢材价格下调了100元/吨。新钢进出口公司就此证明，此一调价使新钢损失24.564 14万元人民币。认定这一事实有胡的批示和张××的证言以及新钢进出口公司的书面证明。金威公司此前多次派人与新钢协商此事，但均未如愿，直到胡长清出面干预，方有此结果。所以，胡长清的上诉及辩护人的辩护意见与事实不符，不能成立。上诉人胡长清为周雪华能取得贷款、资金和承兑汇票，以其省长助理和副省长的身份向上述有关单位打招

呼、作批示或参加宴请，要求单位领导人“全力支持”、“重点扶持”。胡长清虽未过细地介入具体业务，但请托人取得贷款和资金与胡长清有一定关系，且贷款和资金未归还亦是事实，原判也未将此款项归还的责任全部归咎于胡长清。

3. 辩护人提出，原判认定胡长清索取李卫东人民币 2 万元不妥。本院认为，2 万元人民币系胡长清主动向李卫东要，而不是李卫东主动送，这一行为显然是索要而不是收受，辩护意见不能成立。

4. 胡长清上诉提出，刘××送的 5.6 万元和杜××送的 2.9 万元人民币，可以说明合法来源。本院经查明，检察机关在审查胡及家人的合法财产时，已将此 8.5 万元计算在内。故胡的此一异议与事实不符，不能成立。

5. 胡长清上诉及其辩护人辩护提出，赃款、赃物均已清退，未造成损失，胡又主动坦白交代了全部罪行，具有酌情减轻处罚情节。本院经查明，本案的全部赃款、赃物系司法机关依法扣押、冻结、追缴的，并非胡直接退赃所致；胡交代自己的罪行属实，但在其交代前，司法机关已掌握了其受贿的犯罪线索和证据。

6. 胡长清上诉及其辩护人辩护提出，胡有立功表现。本院经查明，最高人民检察院反贪污贿赂总局证实：胡长清反映的詹××送王×20 万元人民币的情况“出入较大”，经查不实；胡长清反映的其他人的问题，不属犯罪，因此，胡长清没有立功情节。

辩护人提出，胡长清主动交代行贿犯罪，对于追究王×、辛××、刘××刑事责任来说，也是一种立功表现。本院认为，胡长清在主动交代其行贿犯罪时，就应如实供述行贿的对象，此属对行贿罪的减轻处罚情节，一审已作认定并对行贿罪减轻处罚。故不属于立功表现。

综上所述，本院确认，上诉人胡长清利用其职务上的便利，收受、索取他人财物折合人民币 544.25 万元，其中索取他人人民币 2 万元，数额特别巨大；还为他人谋取利益，造成国家财产的重大损失，已构成受贿罪，且情节特别严重，应依法严惩。上诉人胡长清为谋取不正当利益，还贿赂国家工作人员 8 万元人民币，其行为构成行贿罪，但具有被追诉前主动交代的情节，依法可以减轻处罚。上诉人胡长清的巨额财产明显超过合法收入，差额巨大，且不能说明其合法来源，已构成巨额财产来源不明罪，应依法惩处。侦查机关查封、扣押的赃款、赃物，应依法上缴国库。上诉人胡长清的上诉理由及辩护人的辩护意见，与已查证的事实不符，不能成立，故其从轻、减轻处罚的请求，本院不予采纳。原判事实清楚，证据确实、合法，适用法律定罪正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。本院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 189 条第（一）项、第 199 条和

第 200 条之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

本裁定依法报经最高人民法院核准后生效。

审判长：康为民
审判员：纪红华
审判员：万在贵
审判员：刘晓云
代理审判员：董令军
2000 年 3 月 1 日

# 附录三：

## 中华人民共和国最高人民法院刑事裁定书

（2000）刑复字第40号

被告人胡长清，男，1948年9月15日出生，汉族，湖南省常德市人，大专文化，原系江西省人民政府副省长、江西省第九届人民代表大会代表，曾任国务院宗教事务管理局副局长、江西省人民政府省长助理，家庭住址北京市海淀区翠微中里×号楼×门×××号，常住江西省南昌市赣江宾馆1210房。经江西省人民代表大会常务委员会许可，于1999年10月13日被逮捕。1999年12月3日，江西省新余市人民代表大会常务委员会罢免胡长清江西省第九届人民代表大会代表资格。现在押。

江西省南昌市中级人民法院审理南昌市人民检察院指控被告人胡长清犯受贿罪、行贿罪、巨额财产来源不明罪一案，于2000年2月15日以（2000）洪刑初字第22号刑事判决书，认定被告人胡长清于1994年至1999年，利用职务便利收受、索取他人财物共计价值人民币544.25万元，为他人谋取利益；胡长清为谋取不正当利益，给予国家工作人员现金人民币8万元；胡长清对其明显超过合法收入的巨额财产161.77万元，不能说明来源合法。以受贿罪，判处被告人胡长清死刑，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产；以行贿罪，判处有期徒刑2年；以巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑4年，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收全部财产。宣判后，被告人胡长清不服，提出上诉。其二审辩护人亦为其提出辩护意见。认为一审认定的部分受贿事实，或者是胡长清与他人的礼尚往来，或者胡长清并未为他人谋取不正当利益，或者不涉及胡长清分管的工作，胡长清不是利用自己的职务为他人谋利，不构成受贿罪；有关单位为行贿方贷款、降价等，由此造成的国家财产的损失，与胡长清并无直接关系，胡长清不应负主要责任；胡长清有检举他人犯罪的立功表现，认罪态度好；受贿的赃款赃物已全部清退，应予从轻、减轻处罚。一审判决认定的巨额财产来源不明罪中有8.5万元有合法来源。江西省高级人民法院按照第二审程序审理认为：根据本案的证据，胡长清收受他人财物，为他人谋取利益，双方并非礼尚往来关

系，受贿罪的构成，并不是以为他人谋取不正当利益为条件，胡长清通过自己不分管的省内下属部门为他人谋取利益，实质仍是利用其职务上的便利；胡长清向有关单位打电话、作批示要求给予行贿方贷款或商品降价等，意图明确，应当对由此造成的国有财产损失负主要责任；胡长清检举他人受贿犯罪，因被检举人收受的是胡长清的贿赂，故胡长清的检举不构成立功；胡长清认罪态度虽好，但没有法定从轻处罚条件；胡长清受贿的款物，绝大部分是被依法扣押的，并非胡长清主动清退；胡长清对于巨额财产来源不明罪提出的上诉理由，没有事实根据。胡长清及其二审辩护人的上诉理由、辩护意见不能成立，不予支持。一审判决认定事实、定罪量刑均无不当。审判程序合法。江西省高级人民法院于 2000 年 3 月 1 日以（2000）赣刑二终字第 02 号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并依法报请本院依法组成合议庭，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 197 条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 283 条的规定，对于一、二审判决、裁定认定的事实是否清楚，证据是否确实、充分，适用法律、定罪量刑是否正确，审判程序是否合法，被告人犯罪的情节、后果及危害程度，有无法定、酌定从轻或者减轻处罚情节，对胡长清所犯受贿罪是否必须判处死刑立即执行进行了复核。合议庭评议后，经审判委员会第 1104 次会议讨论并作出决定，现已复核终结。

经复核阐明：

**一、受贿事实及证据**

被告人胡长清在 1994 年上半年至 1999 年 8 月期间，利用其担任国家宗教事务管理局副局长、江西省人民政府省长助理、副省长的职务便利，为他人谋取利益，收受、索取他人财物 87 次，共计人民币 545.55 万元，其中，索取人民币 2 万元。具体事实如下：

1997 年 4 月至 1999 年 7 月，被告人胡长清收受江西奥特汽车租赁有限公司周雪华财物 25 次，计人民币 144 万元，港币 85 万元，美元 2.5 万元，白金钻石戒指 2 枚，白金钻石领带夹 2 只，黄金钻石手链 1 条，“劳力士”手表 2 块，“帝舵”手表 1 块，白金钻石耳环 1 对，收受物品价值 65.056 万元人民币。在此期间，被告人胡长清应周雪华的请求，利用职务便利，要求南昌市城市信用合作社（南昌市商业银行）、中国农业银行江西省分行、江西省粮食局、江西省公安厅交通警察总队等单位有关人员，在周雪华所在公司贷款、借款、上汽车牌照等事项上提供帮助。由于上牌照的汽车未缴纳控购费，使国家损失 11.325 万元，贷款中有 512 万元到期不能归还。

1995年上半年至1999年7月，被告人胡长清收受深圳裕隆实业公司林树生财物9次，计人民币21万元、港币9万元、美元2万元，珍珠项链2条（价值人民币8千元）。1997年下半年，被告人胡长清应林树生的请求，利用职务便利，为林树生在深圳、海南做南昌卷烟厂生产的“金圣”牌香烟销售总代理一事，宴请南昌卷烟厂有关人员，要求对林树生给予支持。

1996年下半年至1999年7月，被告人胡长清收受江西金阳光企业集团有限公司李卫东财物6次，计人民币16万元、美元2万元，松下29英寸彩电、影碟机各1台（价值人民币1万元）。向李卫东索取现金1次，人民币2万元。在此期间，被告人胡长清应李卫东的请求，利用职务便利，要求江西省工商行政管理局、南昌青山湖宾馆、南昌铁路局有关人员，在李卫东所在公司登记注册、开发房地产等事项上提供帮助。

1998年春节至1999年7月，被告人胡长清收受江西伟梦集团公司李梦平现金8次，计人民币19万元、美元1.5万元。在此期间，被告人胡长清应李梦平的请求，利用职务便利，要求江铃汽车集团进出口公司、中国农业银行江西省分行、江西省粮油食品进出口公司有关人员，在李梦平为本公司开具信用证寻找担保、开具银行承兑汇票、购买闲置仓库等事项上提供帮助；在李梦平被南昌市公安局传唤后，打电话要求公安机关放人。其中，李梦平所在公司开具的银行承兑汇票，有590余万元到期不能缴付。

1996年春节前至1998年4月，被告人胡长清收受百利福（江西）房地产开发有限公司林建福财物8次，计人民币14万元，“劳力士”男、女手表各1块（价值人民币17.1017万元）。1996年8月，被告人胡长清应林建福的请求，利用职务便利，召集有关部门负责人参加的协调会，要求对百利福（江西）房地产开发有限公司的房屋开发工程按照“安居工程”给予政策上优惠，并下发了会议纪要。1996年10月，胡长清又指派有关部门人员到玉山县检查会议纪要的落实情况。

1997年10月至1999年8月，被告人胡长清收受南昌海威实业有限公司周华新、熊海根财物10次，计人民币17.5万元，白金钻石项链戒指、摩托罗拉移动电话等物品价值人民币3.44万元。在此期间，被告人胡长清应周华新、熊海根的请求，利用职务便利，要求南昌铁路局、江西省公安厅交通总队有关人员，在周、熊推销商品、索回被扣的轿车档案等事项上提供帮助。

1997年9月至1999年6月，被告人胡长清收受景德镇市焦化总厂张力祖现金4次，计人民币17万元。在此期间，被告人胡长清应张力祖的请求，利用职务便利，要求南昌铁路局、景德镇市有关领导，在张力祖亲属调动工作等事项上

提供帮助。

1997年5、6月至1998年上半年，被告人胡长清收受江西金威集团有限公司晏广保现金两次，计人民币15万元。在此期间，被告人胡长清应晏广保的请求，为晏广保的妻子、儿子赴香港定居和有关人员工作分配之事，给江西省公安厅出入境管理处、江西省萍乡市有关领导作出批示。

1996年下半年，被告人胡长清通过江西省商业储运公司经理张×在南昌为胡××购得价值人民币10.52万元的商品房一套。1997年1月7日，胡长清应张×的请求，参加了江西省新建县县委、县政府主要领导和江西省商业储运公司有关人员参加的新建县向江西省商业储运公司出让土地的协调会。会上，胡长清利用职务便利，将江西省商业储运公司在新建县购地80亩的单价由原定的每亩12万元降至8万元，使江西省商业储运公司从中获利320万元。为感谢胡长清，张×将胡××已支付的5万元购房款退还，将该商品房以本单位的名义送给胡长清。

1998年春节前至1999年春节前，被告人胡长清收受江西通用金属材料公司晏广华财物5次，计人民币4.5万元。在此期间，被告人胡长清应晏广华的请求，利用职务便利，为晏广华之兄所在的江西金威集团有限公司要求新余钢铁公司降低钢材价格等事项，给新余钢铁公司打电话、作批示，要求给予解决。在胡长清的干预下，新余钢铁公司供给江西金威集团有限公司的钢材价格，在原合同价格的基础上每吨下调100元，造成国有资产损失人民币4.564 14万元。

1995年8、9月至1998年春节，被告人胡长清收受珠海易初电子技术有限公司易法锡财物3次，计人民币3.5万元。1996年下半年，被告人胡长清应易法锡的请求，利用职务便利，帮助易法锡在江西寻找乡镇企业入伙上市。

1995年5月至1997年9月，被告人胡长清收受上海大弓实业有限公司卢卫国财物2次，计人民币2.5万元。在此前后，被告人胡长清应卢卫国的请求，利用职务便利，要求国务院宗教事务局法规处、江西省国税局有关人员，在卢卫国承接宗教场所登记证、税务登记证的印刷业务等事项上提供帮助。

1999年5月，胡长清获悉江西省某单位职工刘雪英被他人打伤住院，即打电话给南昌市政府，要求严肃处理打人者。1999年7月，刘雪英为感谢胡长清，在北京送给胡长清之妻孙××人民币2万元。事后，孙××将此事告知胡长清。

1998年6月，江西省玉山县县长彭传巧为调任江西省上饶地区国税局局长之职，请胡长清帮忙。胡长清利用职务便利向江西省国税局推荐彭传巧担任上饶地区国税局局长。1998年11月，彭传巧在赣江宾馆胡长清的住处，以胡长清曾为其题写了书名支付“稿费”为名，送给胡长清2万元人民币的存折一张。

1998年11月，海南省万泉石油有限公司经理艾承宏为中国工商银行新余市支行某负责人受本系统审查一事，找胡长清说情，并委托他人送给胡长清人民币2万元。胡长清收受后，利用职务便利，要求中国工商银行江西省分行对被审查的该负责人尽量不要处理或者处理轻一些。

认定上述事实的证据是：

1. 周雪华、林建福、李卫东等18人作证，证明送给胡长清人民币、港币、美元等现金、存折和白金钻石戒指、黄金钻石手链、珍珠项链等贵重首饰和“劳力士”、“帝舵”名贵手表以及摩托罗拉移动电话等物品的时间、地点、数量及经过，以及胡长清利用职务便利为其谋利的事实；

2. 陈××作证，证明其3次受周雪华委托，到北京给胡长清及其妻孙××送钱的经过；

3. 孙××、胡×、胡×作证，证明胡长清收受他人贿赂的部分事实；

4. 胡××作证，证明胡长清用人民币10.52万元在南昌市为其购买1套房子的情况；

5. 侦查机关扣押胡长清收受贿赂的人民币、港币、美元、现金、存折及白金钻石戒指、黄金钻石手链、珍珠项链等首饰和“劳力士”、“帝舵”手表等物品及有关人员的辨认笔录、贿赂物品估价鉴定结论，证明胡长清收受财物的数量、物品的质地、特征及价值；

6. 有宋××、张××、孙××等44人作证，证明胡长清为请托人谋取利益的事实；

7. 扣押在案的胡长清利用职务便利为他人谋取利益的批示、便条、信函等书证；

8. 胡长清对上述事实予以承认的供述。

## 二、行贿事实及证据

被告人胡长清为了自己职务的提升，于1997年初至1999年6月下旬，先后5次向有关部门的3名国家工作人员行贿，共计人民币8万元。

认定上述事实的证据是：

1. 收受胡长清贿赂的3人作证，证明胡长清所送钱款的时间、地点、数额和胡长清所要达到的目的。

2. 胡长清对上述事实和所送钱款的时间、地点、数额及欲达到的目的予以承认的供述。

## 三、巨额财产来源不明事实及证据

司法机关在侦查过程中，除查缴胡长清的受贿款物外，还扣押、冻结胡长清现金、存单、房屋及贵重物品等财产，共计价值人民币 249.07 万元，加上胡长清用于行贿支出的人民币 8 万元，共计人民币 257.07 万元。上述款物中，胡长清本人能说明合法来源的为人民币 95.3 万元，对其余 161.77 万元不能说明合法来源。经查证，亦无合法来源的证据。

认定上述事实的证据是：

1. 扣押现金、物品清单、物品辨认笔录、涉案物品估价鉴定结论；

2. 胡长清的说明、其家庭成员的证言，证明胡长清能说明合法来源的财产为人民币 95.3 万元。

认定胡长清所犯上述三罪的事实及证据经第一审人民法院庭审质证和第二审人民法院审理认定，本院复核，认为一、二审认定的事实清楚、证据确凿充分，二审对胡长清及其二审辩护人的上诉理由和辩护意见予以驳回，不予采纳，于法有据，依法予以确认。

本院认为，被告人胡长清系国家工作人员，利用职务上的便利，非法收受和索取他人财物，为他人谋取利益，其行为已触犯了《中华人民共和国刑法》第 385 条第 1 款的规定，构成受贿罪；胡长清为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 389 条第 1 款的规定，构成行贿罪；胡长清对自己明显超过合法收入的巨额财产不能说明合法来源，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 395 条第 1 款的规定，构成巨额财产来源不明罪。胡长清身为江西省人民政府副省长，并先后担任国家有关部门的领导职务，利用职务便利，为行贿人谋取利益，权钱交易，造成极为恶劣的社会影响，受贿数额特别巨大，使国有财产遭受重大损失，犯罪情节特别严重，应当依照《中华人民共和国刑法》第 383 条第 1 款（一）项的规定从重处罚。胡长清归案后虽然认罪态度较好，但其所犯受贿罪不具有法定从轻处罚情节，不能从轻处罚。胡长清所犯行贿罪、巨额财产来源不明罪，应依法惩处。一审判决、二审裁定认定胡长清所犯以上三罪，依法数罪并罚的事实清楚，证据确实、充分定罪准确，量刑适当。审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第 199 条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 285 条第（一）项的规定，裁定如下：

核准江西省高级人民法院（2000）赣刑终字第 02 号维持一审对被告人胡长清以受贿罪判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；以行贿罪判

处有期徒刑 2 年；以巨额财产来源不明罪判处有期徒刑 4 年，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收全部财产的刑事裁定。

本裁定送达后即发生法律效力。

审判长：张　军
审判员：王玉琦
审判员：李祥民
2000 年 3 月 7 日
书记员：宋楚潇

# 林世元等人受贿、玩忽职守案法理研究

目　次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、渎职罪主体问题
六、我国刑法中“贿赂”的范围
七、法院的变更指控罪名权问题探讨
八、污点证人之诉讼豁免
九、结语
附录：重庆市第一中级人民法院刑事判决书

## 一、选案理由

1999年1月4日18时50分，重庆市綦江县綦河上的一座名叫“虹桥”的人行桥突然整体垮塌，造成40人死亡（其中武警战士18人），伤14人，直接经济损失628.22万元，这就是震惊中外的“綦江虹桥垮塌案”。经事故调查组查明，綦江县虹桥整体垮塌的主要原因在于，在虹桥整个建设过程当中，有关领导急功近利，有关部门严重失职，有关人员玩忽职守，工程立项、发（承）包等环节均严重违反了基建程序，且设计、施工主体资格均不合法，工程管理十分混乱，导致施工质量极为低劣，设计构造也有不当之处，致使桥梁建成时即已成为一座危桥，故其垮塌属于工程重大安全事故。綦江虹桥垮塌案的法院审理工作分为三案，其中第一、二案于3月26日至4月3日在重庆市第一中级人民法院公开开

庭审理，中央电视台进行了空前规模的“庭审直播”，在全社会引起极大的轰动。回顾该案，其中存在的贿赂、渎职行为让人触目惊心，滥用职权、以权谋私的行径比比皆是，可以说正是有关责任人员的腐败行为酿成了这出惨案，严重损害了人民的生命财产安全。由于涉案人员众多，法律关系复杂，审理过程中情况多变，出现了一些很有学术研究价值的争议问题，尤其是中央电视台对本案一审审理过程的现场直播使得其为举国关注，引起了专家和群众的极大兴趣。而纵观以往的有关论著，多是对于本案某一问题的分析，或者是对判决结果的简单陈述，紧贴案情对其进行法理分析，对其中涉及的若干问题进行深入探讨显得十分必要。因此，该案入选本书。

## 二、基本案情[①]

与虹桥垮塌相关的刑事案件有三个，分别是：①林世元受贿、玩忽职守，张基碧、孙立、赵祥忠、贺际慎玩忽职守案；②李孟泽、费上利、段浩、夏福林、阎珂工程重大安全事故，刘泽均、胡开明及重庆通用工业技术服务部生产、销售不符合安全标准的产品，王远凯生产、销售不符合安全标准的产品、职务侵占案；③张开科受贿、玩忽职守案。

由于篇幅所限，本文仅对存在问题较多、影响较大的林世元受贿、玩忽职守，张基碧、孙立、赵祥忠、贺际慎玩忽职守案进行分析。

1. 指控的事实

重庆市人民检察院第一分院指控：

（1）綦江县委原副书记林世元，在担任綦江县城乡建设管理委员会主任、重点工程建设办公室主任和副县长期间，利用职务之便，收受他人财物 13 万余元，对工作严重不负责任，不按规定履行职责，致使虹桥工程违法建设，违法设计，违法施工，违法使用，造成特大人员伤亡事故，涉嫌受贿罪、玩忽职守罪；

（2）綦江县城乡建设管理委员会原主任张基碧，放弃对虹桥工程的监督管理职责，违章将虹桥投入使用，对在使用中暴露出的质量问题未引起重视，没有及时采取有效措施排除隐患，涉嫌玩忽职守罪；

（3）綦江县城乡建设管理委员会原副主任孙立，在担任县城乡建委主任助理协助分管虹桥工程的过程中，放弃监督管理职责，使虹桥违法投入使用，对使用中出现的质量问题不重视，没有采取有效措施，涉嫌玩忽职守罪；

① 本文仅介绍林世元、赵祥忠等人受贿、玩忽职守案一审中陈述的案情、判决结果及存在的问题，林世元上诉不在考虑之列。

（4）重庆市市政工程质量监督站原站长赵祥忠，对虹桥质量监督马虎草率，不认真核查虹桥的设计、施工和重要构件生产者的资质，不认真履行职责，涉嫌玩忽职守罪；

（5）綦江县人大常委会原副主任贺际慎，在担任綦江县副县长、县城重点建设工程指挥部指挥长期间，放弃对虹桥工程的领导管理职责，对工作严重不负责任，涉嫌玩忽职守罪。

2. 法院认定的事实

重庆市第一中级人民法院认为，公诉机关指控被告人林世元犯有玩忽职守罪和受贿罪的基本事实成立。

## 三、裁判要旨

行为人故意违反国家有关建设法规，不履行或者不正确履行自己的职责，以致造成建筑工程终因施工及设计的质量低劣而垮塌的重大安全事故，致使公共财产、国家和人民利益遭受特别重大的损失，负有重要的直接责任和主要的管理责任，且系出于私情私利，并有放任私人挂靠承包工程施工、设计的舞弊行为，已构成玩忽职守罪，且属于犯罪情节特别严重应从重处罚。因受贿而放任行贿人违规承包工程施工，放弃施工质量的监督，终因主要是行贿人施工质量低劣的原因造成工程垮塌这一极其严重的后果和恶劣的社会影响，属情节特别严重，且未退出赃款，依法应予严惩。

故意违反国家规定，故意降低工程质量标准，以致造成工程垮塌的重大安全事故，致使公共财产、国家和人民利益遭受特别重大的损失，行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 137 条之规定，已构成工程重大安全事故罪，且后果特别严重，依法应予惩处。市政工程质量监督站是自收自支的事业单位，行为人调入该站工作后不再是国家机关工作人员，不具备玩忽职守罪的主体要件，不构成玩忽职守罪。

## 四、引发的理论问题

从案情分析，本案是由一起工程事故引发的玩忽职守案件，总的来说案情并不复杂，但是由于案情重大，诉讼参与人众多，庭审的难度加大。从该案的审理过程以及判决结果可以看出，我国的刑事立法及诉讼程序方面还有一些方面亟待完善，如玩忽职守罪的主体问题、玩忽职守罪中查处责任人的限定问题，渎职罪与受贿罪的牵连问题，贿赂罪中如何适用死刑问题，受贿罪与行贿罪的关系，行贿人的证人地位，法院变更指控罪名合理与否的问题，举证质证中的程序问题，

等等。由于本案的影响巨大，引发了法学理论与实务界对案件中暴露出的问题进行热烈探讨，出现了一些经典观点，影响了司法实践。虽然时过境迁，笔者认为仍有必要结合近年来立法的新进展对本案进行深入探讨，其中较为突出的问题有四个：

1. 渎职犯罪的主体问题。
2. 我国刑法中“贿赂”的范围。
3. 从赵祥忠改判评析我国法院的变更指控罪名权。
4. 污点证人豁免问题。

## 五、渎职罪主体问题

綦江一案关于赵祥忠的辩护围绕着玩忽职守罪的主体范围展开。赵祥忠的辩护人认为，赵祥忠不具备公诉人所指控的玩忽职守罪的主体资格，不能成立玩忽职守罪。理由是，重庆市市政工程质量监督站是自收自支的事业单位，赵祥忠1992年6月15日被重庆市城市建设局免去其重庆市城建局计划处处长职务、调入该站工作之日起不再是国家机关工作人员，不具备1997年《刑法》规定的玩忽职守罪的犯罪主体资格。笔者认为，律师针对检察院指控的罪名所进行的辩驳是有理有据的[①]，从一审判决可以看出，合议庭最终采纳了律师的观点，认为赵祥忠不具有“国家机关工作人员”的渎职罪主体资格。

抛开法院直接改判其重大工程安全事故罪程序上的合理性不谈，笔者认为就审判时的法律规定而言，辩方与法院对赵祥忠身份的认定是准确的，赵祥忠的不作为行为延续到事故发生之时，正好遭遇了新旧刑法的更替，而在此过程中关于渎职罪主体的立法发生了很大变化，时任重庆市市政工程质量监督站站长的赵祥忠，只属于“国有事业单位中从事公务的人员”而非“国家机关工作人员”，不能构成渎职罪。刑法修改之后，渎职罪的主体问题一直是刑法学界讨论的热点，立法上也几经变化，笔者拟结合新近司法解释对此问题略加探讨。

### （一）渎职罪主体的立法评析

1. 现行刑法明文规定渎职罪主体必须是国家机关工作人员[②]

我国现行《刑法》第九章专章规定了渎职罪，除第398条规定的泄露国家机

---

① 参见中央电视台庭审直播摄制组编：《綦江虹桥垮塌案审判实录》，法律出版社1999年版，第242—243页。

② 1998年1月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第2条也专门指出：“修订后的刑法已将渎职罪的主体修改为国家机关工作人员。”

密罪外，共计 33 个罪名，其中在主体中明确规定了“机关或国家机关”的罪名有 22 个，另外还有 11 个罪名并没有在条文中直接规定“国家机关”，这些罪共涉及 6 类主体，分别是：司法工作人员，行政执法人员，林业主管部门的工作人员，传染病防治卫生行政部门的工作人员，海关工作人员，国家商检部门、商检机构的工作人员。从文字描述看，以上 6 类犯罪主体似乎并没有要求必须为国家机关工作人员，但是，这些犯罪的主体依然必须是国家机关工作人员，理由如下：

（1）以上这些犯罪所涉及的部门本身都属于国家机关或国家机关中的相关部门，所以有没有在文字上再强调是“国家机关”并不会带来理解上的歧义。

（2）结合对 1979 年刑法的修订过程及 1999 年 12 月 25 日通过的《刑法修正案》，可以看出，立法者的意图非常明显，就是要突出打击重点，从严治吏，以维护国家机关的正常活动和秩序。王汉斌同志在八届人大五次会议《关于〈中华人民共和国刑法〉（修订草案）的说明》中指出：“针对现实经济生活中出现的国家机关工作人员滥用职权、严重不负责任，给国家和人民利益造成重大损失的新情况，增加规定了一些具体要求的渎职犯罪行为。”可见，将上述人员理解为“国家机关工作人员”是最符合立法原意的。

（3）从渎职罪一章的体例上看，该章第 1 条即刑法第 397 条从总体上规定了滥用职权罪和玩忽职守罪，该条作为一个统领性的规定，在条文中明确规定犯罪的主体必须是国家机关工作人员。[①]

综上分析，我国刑法中渎职罪主体必须是国家机关工作人员的规定应当是确定无疑的。即只要构成渎职罪，无论是发生在哪一个领域或部门，其主体必须具有国家机关工作人员的身份。

2. 对当前渎职犯罪主体立法的利弊分析

修订后的刑法把渎职罪的主体限定为“国家机关工作人员”，其理由是渎职罪的客体是国家机关的正常活动，只有国家机关工作人员才有“职”可渎，国有公司、企业、事业单位、人民团体中的人员无“职”可渎。这在理论上符合现代国家执法主体的要求，也是我国国家机构改革的发展方向。但是，立法者却忽视了我国的现实国情：政治体制和机构改革方兴未艾，政府职能的优化调整尚在进行，当前的执法工作从内容到方式都具有浓厚中国特色等因素，造成渎职罪的立

① 《中华人民共和国刑法》第 397 条：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定”。

法与我国社会现实情况不相符合，用以指导实践则严重影响了对渎职犯罪的打击力度。具体来讲，其缺陷和弊端主要表现为以下方面：

（1）刑法对渎职罪主体范围的规定存在漏洞。根据宪法和有关国家机关组织法的规定，“国家机关工作人员”，是指在国家机关中从事公务的人员，包括在国家权力机关、行政机关、司法机关、军事机关中从事公务的人员，不包括企业、事业单位、人民团体中的人员以及其他依法从事公务的人员。由于我国人事制度复杂，机构设置并不十分科学，以致大量的实际掌握一定国家职权、对国家政务进行管理的人又确实难以纳入国家机关工作人员的序列，致使对其事实上的渎职行为缺乏刑事制裁的依据。

（2）渎职罪个罪规定过于细化，主体范围限制过窄。1997 年修订后的刑法将 1979 年刑法中两个包含多个不确定罪名的“口袋罪”玩忽职守罪和徇私舞弊罪分解为具体的罪名，同时在第九章专设渎职罪，将玩忽职守罪、徇私枉法罪、泄露国家秘密罪等 33 个罪名规定在一章中，除泄露国家秘密犯罪的主体可以是非国家机关工作人员外，其他都是由国家机关工作人员构成。探视其立法初衷，应是力图通过增加渎职罪罪名、分解非国家机关工作人员的渎职罪名，从而将渎职罪的主体限定为国家机关工作人员并确定到具体的机关和部门，使刑法规定更为详尽，以使实践中的每一渎职犯罪都与刑法中的具体条款相对应。但这种理想化的目的并未实现，反而使许多应当规定为犯罪的渎职行为未能规定为犯罪。由此看来，这种列举式的立法模式对于渎职罪来说并非最理想的选择，较之 1979 年刑法的笼统规定反而出现了更多的立法漏洞，原因如下：①刑法不可能穷尽我国所有具体的渎职行为。现实情况是瞬息万变的，立法难免滞后，尤其是列举式的立法方式往往会缺乏弹性，不能及时应对实践中的新情况，存在疏漏在所难免。②修订后的刑法对同一渎职犯罪行为由于身份不同构成不同犯罪的情况只作了个别规定。例如《刑法》第 406 条规定的国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪，在第 167 条规定了签订、履行合同失职被骗罪，专门对非国家机关工作人员的渎职行为进行惩处。对非国家机关工作人员的其他一些渎职犯罪却没有做出相应的规定。例如《刑法》第 398 条规定了国家机关工作人员构成滥用职权罪、玩忽职守罪，但却没有相应规定非国家机关工作人员具有上述行为构成犯罪的罪名，使刑事法律出现了更大的漏洞。③部分条款犯罪主体与实践中行为人主体不符。修订后的刑法力图使实践中的每一渎职犯罪都能在刑法中找到具体条款相对应，但由于不少企业事业单位、人民团体及其他从事公务的人员不是国家机关工作人员，而使刑法条款与现实生活中的发案主体不相符合。例如《刑法》第 409 条将传染病防治失职罪的犯罪主体规定为国家卫生行政部门工作人员，而该

罪发案主体一般是属于事业单位的从事传染病防治工作的卫生防疫站、卫生防疫所的人员。

（3）导致对渎职罪管辖上的混乱。在诉讼程序方面，我国刑事诉讼法明确规定了渎职犯罪由检察机关管辖，非国家工作人员的职务犯罪由公安机关管辖，但事实上由于对渎职犯罪主体的规定本身缺乏认定的标准，其最终也导致了管辖上的混乱局面，协调不好往往会造成司法资源的浪费，或者两家互相推诿，放纵了犯罪。

我国目前正处于政治、经济体制改革过程中，一些国家机关正在或者将转变为公司或者中介机构，并将在一定时期承担行政执法职能，这将使现实情况与刑法规定产生更大的差距。对渎职罪主体立法的疏漏，使现实社会生活中大量的、触目惊心的火灾、爆炸、楼房桥梁倒塌、失职被骗等渎职行为的实施者因不具有国家机关工作人员身份，而逃脱了刑事处罚，在某种程度上放纵了犯罪，有损实体正义。

**（二）渎职罪主体本质特征：依法从事公务①**

渎职犯罪侵犯的客体是国家机关的正常活动，具体表现为侵害了国家机关的正常活动和国家工作人员职务的公正性、廉洁性，致使国家和人民的利益遭受重大损失。行为人渎职行为之所以发生，其前提是依法从事公务，即在代表国家履行管理国家事务的执法活动中发生亵渎职务的行为。故而准确理解“公务”的涵义，是科学界定渎职犯罪主体的关键。所谓“公务”，是指依照法律规定，从事组织、领导、监督、管理国家事务和公共事务活动的行为。这里的法律是指广义上的法律，不但包括宪法和法律，而且包括行政法规、地方性法规、部门规章、地方规章等法律规定。“公务”活动具有以下基本特征：①依法性，即执行公务的主体资格必须依法取得，执行公务的行为必须在法律规定的范围内进行。②公共性。公务是国家公共管理行为，是代表国家行使公共管理职能的活动，其服务对象为社会公众。此特点使公务活动和私营企业、个体经营的活动相区别。③管理性。从事公务包括从事国家事务的管理、公共事务的管理和国有资产的经营管理等活动。既有对事和人的管理，也有对物的管理，和劳务活动有本质区别。根据这些特点，凡是具有国家机关工作人员身份，但没有从事公务活动的，也不能构成渎职犯罪；尽管不具有组织人事部门承认的国家机关工作人员正式身份，只要其从事公务的资格是依法取得或者是受委派而取得的，并且依法从事公务活动，履行管理国家事务、社会公共事务和国有资产管理的职权，也应当可以

① 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 1001 页。

构成渎职罪的主体。

关于渎职罪主体的本质特征，国内理论界主要有以下五种学说，即：①身份说或“血统论”[①]，这一观点认为在国家机关中从事公务的人理应是具有国家工作人员身份的人。②“财产性质说”认为，在经济和渎职犯罪的认定中，区分标准主要看行为人侵犯的财产是国有财产还是非国有财产，如果是国有财产，则构成渎职类犯罪。[②] ③“单位性质说”认为，主体身份与其所在单位的性质有着密切联系，如果所在单位是国有单位，该工作人员显然就是国家工作人员。[③] ④公务说，此观点认为衡量是否为国家机关工作人员应当以是否从事国家机关公务为标准。[④] 据此观点，如果行为人所从事的职业是国家机关公务，而无论其身份是否是国家工作人员，都应当被视为是国家机关工作人员，否则相反。⑤身份与公务兼具说，该观点认为，国家机关工作人员应以从事公务为本质特征，同时应当兼具特定的身份资格，即从事公务的资格。[⑤]

上述诸说中，“身份说”因不足以揭示渎职罪的本质特征，不适应司法实践的需要而被刑法所抛弃。“财产性质说”无视主体本身先于行为而独立存在的特点，过分强调了犯罪对象的地位，在逻辑上存在着序列倒置问题，持此主张者日渐减少。“单位性质说”的缺陷也是显而易见的，例如，在单位从事非公务活动的工作人员，就不能构成渎职罪的主体。“公务说”较好地把握了国家机关工作人员的本质特征，有利于打击犯罪，符合我国当时打击犯罪的实际需要，故支持者甚众。但“公务说”忽略了从事公务需具有一定的前提条件，即从事公务的合法性来源，若以此推定渎职罪的主体范围，势必造成所有从事公务的人无论其是否具有国家机关工作人员的身份，都有可能成为渎职罪的主体，这似乎也有将主体泛化的倾向。而且，在我国目前“公务”这一概念本身也不明朗，不同的人可以从不同领域、不同层次、不同价值取向对它的内容及范围作不同的理解。而“身份与公务兼具说”进而提出资格身份的观点，将资格身份与公务视为渎职罪主体的两个基本要素，发展了“公务说”。其理念已定位于“从事公务”，较好的

---

① 参见敬大力主编：《刑法修订要论》，法律出版社 1997 年版，第 142 页。

② 参见周振想、林维：《贪污罪主体研究》，载姜伟主编：《刑事司法指南》（第 1 辑），法律出版社 2000 年版。

③ 参见周振想、林维：《贪污罪主体研究》，载姜伟主编：《刑事司法指南》（第 1 辑），法律出版社 2000 年版。

④ 参见王菊芬、陈文飞：《试析修订刑法关于国家工作人员的范围》，载胡驰、于志刚主编：《刑法问题争鸣》（第 1 辑），中国方正出版社 1999 年版，第 321 页。

⑤ 参见江礼华：《论国家工作人员范围的界定》，载胡驰、于志刚主编：《刑法问题争鸣》（第 1 辑），中国方正出版社 1999 年版，第 310 页。

反映了我国渎职罪的所保护客体。

**（三）渎职罪主体立法解释评析**

我国立法机关在 1997 年修改刑法时，将渎职罪一章所规定的犯罪主体由国家工作人员修改为国家机关工作人员，旨在突出打击重点，然而却造成了刑事实体法与刑事程序法关于渎职罪主体范围规定的相互冲突，特别是由此而产生的刑事法网不严等问题，给司法实践部门带来诸多困惑。在办案部门的强烈要求下，“两高”做出了一系列司法解释，对渎职罪主体的适用范围予以扩大。但这些司法解释仅为个案解释，且实属越权解释，其合理性受到了有关学者的质疑。[①] 在这种情况下，全国人大常委会接受“两高”的建议，做出了立法解释，对渎职罪主体的范围进行扩大。

2002 年 12 月 28 日，第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议对刑法第九章渎职罪主体的适用问题做了如下解释：“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制，但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，有渎职行为，构成犯罪的，依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。”上述组织中的人员虽然在形式上未列入国家机关编制，但实际是在国家机关中工作或者行使国家机关工作人员的权力。从这一解释可以看出，我国立法机关对渎职罪的主体的认知有了很大的变化：

1. 对渎职罪的主体以职责论进行界定

不管是否属于国家机关正式编制的工作人员，只要行使了国家机关工作人员的职权，即代表国家行使职权时，就应属于国家机关工作人员范围，成为渎职罪的主体。这里特别需要注意的是关于国家机关职权的范围问题，根据我国宪法的

---

① 1999 年全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案》将《刑法》第 168 条国有公司、企业直接负责的主管人员徇私舞弊造成破产亏损罪的主体扩大到国有公司、企业、事业单位的工作人员。2000 年 2 月 13 日最高人民法院在《关于对受委托管理经营国有财产人员挪用国有资金行为如何定罪问题的批复》中答复：对于受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的非国家工作人员利用职务上的便利挪用国有资金归个人使用构成犯罪的，应当依照《刑法》第 272 条第 1 款的规定定罪（挪用资金罪）处罚。2000 年 10 月，最高人民检察院在《关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问题的批复》和《关于属工人编制的乡（镇）工商所长能否依照刑法第 397 条的规定追究刑事责任问题的批复》中明确指出：“批复中所指两类人员均属其他依照法律从事公务的人员，应以国家机关工作人员论”。从上述的立法及司法解释来看，由于对渎职罪主体的不同理解，使得各种解释自身也以不同的理论解释为依据，各自为政，互相不统一、不协调，而且最终也没有对“国家机关工作人员”作出一个权威而明确的解释。

规定，国家机关的职权包括政治、经济、文化、立法、司法、军事等方面，涉及国家管理活动的方方面面。只要依法行使上述权力的人员，都应视为国家机关工作人员，即构成渎职罪的主体。

2. 以立法解释的方式使渎职罪主体超越了传统的“国家机关工作人员”的范畴

该解释承认渎职罪的主体的多元化，根据其规定渎职罪可以由下列人员构成：①在国家机关中从事公务的人员，包括在国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关、军事机关等国家机关中从事公务的人员。如政府公务员、审判人员、检察人员等。②在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员。如证券监督管理委员会、地方烟草专卖局、土地所及房产所工作的人员等。③在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员。如新疆生产建设兵团工作人员等。④虽未列入国家机关人员编制，但在国家机关中从事公务的人员。如合同制、聘用制人员等。

这一解释将渎职罪主体的范围予以扩大，新增加的四类人员符合渎职罪主体的规定已无疑义。那么这四类人员应否纳入“国家机关工作人员”的范畴？或者进一步说，渎职罪主体的范围是否仍为刑法中所明确界定的“国家机关工作人员”？刑法立法解释不等于刑法修正案，后者的效力更强，既然刑法规定渎职罪的主体是国家机关工作人员，立法机关又没有按程序对此予以修正，那就表明渎职罪的主体范围仍应被解释为“国家机关工作人员”。司法解释应认为是对“国家机关工作人员”的外延做了广义的解释，从而扩大了渎职罪的主体的适用范围。“这一最新的立法解释，终于对争执多年的‘国家机关工作人员’作了一个说明，但不难看出，该解释仍然过于简单，即它对‘哪些人是属于依法从事公务的人’进行了规范，但理论与实践中关于‘公务’的认识分歧并没有依此解释而化解，所以对于本文上述的个别情况，如中国共产党、政协会议及其他一些群众性组织中的人员能否作为渎职犯罪的主体依然没有形成绝对的标准，对于这些人员的渎职行为能否认定为渎职罪也就仍然缺乏明确的依据。”①

### (四) 对渎职罪犯罪主体的改革建议

渎职罪的立法目的，是要从源头上减少和遏制渎职犯罪的发生，保证国家活动的正常进行。要实现这一目标，立法是基础，而且对渎职犯罪主体做出明确、合理的法律规定或立法解释，增强针对性和操作性，不断完善惩治渎职犯罪的立

① 武小凤：《论渎职罪主体构成的统一性要求》，载《兰州大学学报（社会科学版）》，2003 年第 2 期。

法是实现依法治国的前提。

在修改渎职罪主体法律规定的学者建言中，呼声较高的是将其修改为“国家工作人员”或“公务人员”。笔者认为将“国家工作人员”规定为渎职罪的主体是比“国家机关工作人员”的现行规定前进了一大步，但是前者仍有词义狭窄的局限：“国家工作人员”从字面上理解因有国家之冠名，故只能指行使法定国家职务的人员，其权力性质只能是国家权力，难以涵盖自治权力，甚至也不好解释授权从事公务的行为。这样就无法把人民团体中依法从事公务的人员、村委会中的工作人员纳入其中，仍无法解决实践中的一系列问题，故不足取。

因此，根据上文分析的渎职犯罪本质特征并结合我国的国情，建议将《刑法》第九章关于渎职罪的主体修改为“公务人员”，即管理国家事务、公共事务和社会事务的国家工作人员。主要理由如下：

1.“公务人员”的称谓具有准确性、稳定性和高度概括性的特点

①“公务人员”能够准确反映渎职罪主体“从事公务”的本质特征，而“国家机关工作人员”更侧重于反映身份特征，没有揭示其本质；②“公务人员”的称谓简洁明了，可使刑事立法技术更趋于科学；③“公务人员”涵盖面广，不仅包括了国家机关工作人员，还囊括了立法解释增加的四类人员，这样可以避免解释上的混乱；④修改为“公务人员”，有利于维护刑法的稳定性，在社会形势发生变化的情况下，可以通过刑法解释的方式不断完善其含义，从而避免动辄修改刑法的弊端。[①]

2. 有国外先进立法经验可供借鉴，并顺应国际立法潮流

考察别国的情况，渎职罪多是与公务员的职务有关的犯罪，关于渎职罪主体的规定，世界各国概括起来主要有以下几类：①把公务员作为渎职罪的主体，并具体规定公务员的范围。[②] ②把渎职罪主体规定为公职人员或公务人员。③把渎职罪的主体规定为公务员和受委托从事公共服务的人员及从事公需服务的人员。如《意大利刑法典》规定渎职罪犯罪主体是公务员和受委托从事公共服务的人员及从事公需服务的人员。[③] 就我国目前情况看，借鉴意大利刑法中关于“公共事务之负责人，从事公务之雇员，办理公益事业而无企业组织之私人”的规定把渎

---

① 参见李希慧、贾济东、廖焱清：《渎职罪主体解释回顾及立法建言》，载《国家检察官学院学报》2003 年第 4 期。

② 如《日本刑法典》第 7 条规定：“本法所称‘公务员’是指国家或者地方公共团体中的职员，以及其他依照法令从事公务的议员、委员和其他职员。”

③ 关于公务员的概念，《意大利刑法典》第 357 条规定：“在刑事法律的意义上，公务员系指在立法、司法或行政方面行使公共职能的人员。

职罪的主体界定为“公务人员”比较合适，因为“公务人员”既可包括《刑法》第 93 条第 1 款规定的国家机关工作人员，又包括该条第 2 款规定的准国家工作人员，还可扩大解释为“从事公益事业的人员”。这些人员从事的是公共事务，并因此领取工资报酬，其滥用职权、玩忽职守造成严重后果的行为，理应构成渎职罪。以“公务人员”作为渎职罪的主体，可以改变我国渎职罪主体范围过窄的状况。

3. 将“公务人员”规定为渎职罪的主体，更能体现渎职罪主体的本质特征，符合我国立法发展趋势

自刑法施行以来，两高对司法实践中反映出来的问题进行了全面深入地思考，先后对渎职罪的主体范围作出了一系列扩大解释；全国人大常委会也出台了立法解释，将四类从事公务的人员纳入渎职罪主体的范围。分析其内容则可发现这些解释均吸纳了“公务说”的思想，其落脚点即为依法或受委托“从事公务的人员”，这很有可能成为今后刑法修改的趋势。

4. 将渎职罪主体修改为“公务人员”符合我国国情，有助于法制建设的顺利进行

根据我国《宪法》的规定，政党、政协和群团组织不是国家机关，党务工作者和群团组织工作人员不是国家机关工作人员。但是，中国共产党在我国处于执政的地位，民主党派和人民团体处于参政议政的地位。如果将党务工作者和人民团体工作人员排除在渎职罪主体范围之外，既不符合我国的司法实际，也有损于中国共产党的执政地位以及民主党派和人民团体的参政议政地位。而现存的“国家机关工作人员”难以通过扩张解释包含上述人员，唯有将渎职罪主体界定为“公务人员”，才能与我国的政党制度相一致，才能解司法实践之惑，推进依法治国的进程。

综上所述，立法机关应适时修改刑法，将渎职罪的主体修改为“公务人员”。而作为渎职罪主体的“公务人员”则是指：国家机关中从事公务的人员或者经合法授权或受国家机关委托，在按规定所承担的工作范围内，以职务名义对国家事务、公共事务或社会事务履行组织、领导、监督、管理等职责的人员。① 其外延包括以下五类人员：①国家机关工作人员；②法律授权规定在某些领域行使国家行政管理职权的非国家机关组织中从事公务的人员；③在机构改革中从国家机关调整为事业单位，但仍然保留某些行政管理职能的单位中从事公务的人员；

① 参见李希慧、贾济东、廖焱清：《渎职罪主体解释回顾及立法建言》，载《国家检察官学院学报》2003 年第 4 期。

④受国家机关委托行使国家机关职权的组织中从事公务的人员；⑤国家机关根据工作需要聘用的从事公务的人员。

## 六、我国刑法中“贿赂”的范围

在虹桥垮塌一案中，主犯林世元被重庆市一中院认定构成玩忽职守罪和受贿罪，被判处死刑，剥夺政治权利终身，没收财产人民币 5 万元。从判决书可以看出重庆市一中院认定的林世元构成受贿罪的受贿数额 11 万余元中包括行为人资助林的女儿两次去美国参加夏令营活动花销所折合的 5 万多元人民币。[①] 也就是说，重庆市一中院在判处林受贿罪时，其“贿赂”的内容和范围包括了财物和可折算成金钱来计算的不正当利益（如资助出国留学等）。笔者认为，根据我国现行刑事法律的规定，重庆市一中院的认定是值得商榷的，其中贿赂的范围问题值得探讨。

### （一）中外刑法理论与刑事立法对“贿赂”的界定

1. 外国刑法理论与刑事立法对“贿赂”的界定

在外国刑法理论中，关于贿赂的界定，大体上存在以下三种学说：①有形利益说，即把贿赂看成有形的或者物质上的利益。所谓有形的或物质上的利益是广义的，不要求这种利益用金钱来估价。②金钱估价说，这种学说从量刑角度出发，把贿赂的目的物仅限于能够用金钱来估价的物质利益。③需要说，把凡是能够满足人的需要的一切有形的或无形的利益，都看作是贿赂的目的物。

各国刑事立法对贿赂的界定，有以下几种情况：

（1）对贿赂的形式没有任何限制。如《俄罗斯联邦刑法典》第 173 条规定：公职人员为了行贿人的利益，履行或者不履行他所应当实施的某种行为，因而亲自或经由中间人收受任何方式的贿赂的，是受贿罪。在以上规定中，表述为“任何方式的贿赂”，表明从立法上对贿赂的形式未加限制，这就为贿赂的解释提供了广阔的余地。

（2）规定为贿赂但对贿赂的内容未加限定。如《日本刑法》第 197 条规定：公务员或仲裁人关于职务上的事情，收受、要求或约定贿赂的，是受贿罪。在此，法律只提贿赂，未规定贿赂的具体内容，也给解释提供了余地。例如日本的判例就认为贿赂包括一切有形的或无形的利益，除金钱、财物外，还有提供保证或担保、介绍就业、介绍公私有利职务、宴请、艺妓演出、嫖妓、异性性交等。捷克斯洛伐克的刑法也是如此规定。

---

① 参见中央电视台庭审直播摄制组编：《綦江虹桥垮塌案审判实录》，法律出版社 1999 年版，第 281 页。

（3）将贿赂规定为“任何有价之物”。如美国联邦贿赂法条文本身规定，任何有价之物均可成为贿赂。而联邦法院采用“主观性”判断标准，即贿赂物无论客观上或实际上是否真正有价值，只要当事人主观上认为或赋予其价值，即属于“任何有价之物”。

（4）规定为利益或报酬。如《德国刑法典》第331条规定：公务员或从事公务之人员对现在或者将来职务上之行为要求、期约或收受利益的是受贿罪。又如，新加坡《反贪污法》将贿赂规定为报酬，并详细列举报酬的内容。

（5）规定为财物或其他利益。如《意大利刑法》第319条规定：公务员对其不执行职务或迟延执行或违背职务之行为，而为自己或第三人收受期约金钱或其他利益的是受贿罪。此外，《泰国刑法》把贿赂规定为“财物或其他利益”。《加拿大刑法典》规定为“金钱、对价财物、职位、住所或雇佣”。

（6）明确规定为财物。如《西班牙刑法》第7集第9章规定为“赠品或礼品”。《南斯拉夫刑法》规定为“礼物及其他财物”。

总之，从外国刑法理论与刑事立法上看，“贿赂”的范围一般不仅限于财物。宽泛地解释贿赂与其在市场经济条件下对价值观念的渐次开放性理解的理念相吻合，也是各国树立廉洁政府形象以取悦民心，并日益加重对腐败的治理的举措下的应有选择。

2. 我国港澳台地区刑法对“贿赂”的界定

香港地区“防止贿赂条例”将贿赂规定为“利益”，并将利益解释为：（A）礼物、贷款、费用、报酬或佣金，其形式包括金钱、有价证券、其他财产或任何财产之权益。（B）任何职位、雇佣或契约。（C）支付、免除、清还或清理任何贷款、责任或其他负责之全部或部分。（D）任何其他服务或优惠（款待除外），包括加以维护，以使免受任何刑罚或褫夺资格或免除此等忧虑，或维护以使免受任何纪律、民事或刑事性质之诉讼或控告，无论该等诉讼或控告已进行或尚未进行者。（E）执行或不执行任何权利、权力或职责。

1996年1月1日起生效的澳门新《刑法》，在第二卷分则之第五编“妨害本地区罪”的第五章“执行公共服务时所犯之罪”中对贿赂罪单独作了规定，认为受贿罪中的贿赂既包括财产性利益，也包括非财产性利益。

我国台湾地区“刑法”将受贿罪的行为客体规定为“贿赂或其他不正当利益”。[①] 根据刑法理论的解释，称“贿赂”系指金钱或其他可以金钱折算之财物，

① 我国台湾地区“刑法”第121条规定：“公务员或仲裁员对于职务上之行为、要求、预约或收受贿赂或其他不正当利益，构成受贿罪。”

“其他不正当利益”则指贿赂以外之一切足以供人需要或满足欲望之有形或无形的不正当利益而言，包括物质上之利益与非物质利益，前者如设定债权、免除债务、给予无息或低利息贷款；后者如给予地位、允许性交或其他性行为等。

从港澳台地区刑法理论看，受传统中国文化影响较深的台湾地区坚持对贿赂作限制性理解，但同时补充非财产性利益亦为受贿罪调控之范围。而港澳地区则倾向于对贿赂作扩张性解释，范围较广，香港的细化式界定贿赂范围为我们的司法解释提供了一个很好的范本。

3. 我国大陆地区刑法中有关贿赂的规定

我国《刑法》第 385 条第 1 款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”这一法条是受贿罪的法定罪状（可称为普通受贿罪），明确将贿赂规定为“财物”。《刑法》第 385 条第 2 款规定：“国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿罪论处。”《刑法》第 388 条规定：“国家工作人员利用本人职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物的或者收受请托人财物的，以受贿罪论处。”（这两种可以称为特殊受贿罪）。此外，《刑法》第 394 条规定的国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物（包括现金）与贿赂犯罪中的“财物”的外延基本相同。围绕我国贿赂罪中“财物”的外延问题，形成了三种截然不同的观点[①]：

（1）财物说。该说认为，贿赂仅限于“财物”，包括金钱与物品，不包括财物以外的财产性利益，更不能包括其他非物质性的利益，并认为这是从法条和现代汉语的语意所得出的当然结论，是罪刑法定原则的要求。因依该说不能处理在社会生活上较为普遍的、以财物以外的利益进行贿赂的行为，其支持者较少。但是不得不承认，就目前法律规定而言，财物说是最符合立法原旨的，至于由此而在司法上所造成的困惑及其在社会生活中所带来的负面效应，是应当通过及时完善立法来解决的问题。仅仅依靠“解释”和“理解”的“力量”去维护社会秩序，非但不能推动法治的进步，还有可能侵犯人权，从而背离刑法的价值。因为，刑法不仅仅为司法者和法学家提供了解释的对象，它更应该为最广泛意义上的社会成员提供以普通社会生活的观念进行理解的可能。

（2）财产性利益说。该说认为，贿赂不仅仅限于财物，还应包含金钱及物品

① 我国台湾地区“刑法”第 121 条规定：“公务员或仲裁员对于职务上之行为、要求、预约或收受贿赂或其他不正当利益，构成受贿罪。”

以外的可以直接用货币计算的财产性利益。但该说在对“其他财产性利益”范围的理解上又不尽一致。有的将所有可以直接用货币计算的财产性利益都包含在“财物”之内，如设立债权，免除债务，免费提供食宿旅游，免费提供劳务，等等[①]；而有的则认为应排除诸如免费旅游、免费劳务等情形，并以限定处罚范围及类似利益不易计算价值等作为其理由。[②] 该说实际上将财物理解为“具有价值的可以管理的有体物、无体物以及财产性利益”。并认为“财产性利益可以通过金钱估价，而且许多财产性利益的价值超出了一般物品的经济价值，没有理由将财产性利益排除在财物之外。受贿罪是以权换利的肮脏交易，将能够占有与使用的财产性利益解释为财物，完全符合受贿罪的本质。”[③]

同时，该说反对将非财产性利益纳入“贿赂”的范畴，认为若如此，既无法估算价值以便准确量刑，又易扩大处罚范围，同时，也与我国社会约定俗成的“贿赂”含义相左。[④]

财产性利益说可以涵盖实践中大多数的贿赂行为，且具有可操作性，既在很大程度上满足了反腐败的社会需要，又在一定程度上兼顾了“财物”一词语言学上的要求，故得到了绝大多数学者的支持，而成为我国刑法学界的通说。在不能立即改进现行立法及司法状况的情况下，与其说该说是最为合理的，倒不如说该说是最为务实和最为机智的。因为该说虽然巧妙地维持了“解释的极限”与人们当罚性观念的平衡，但却并不足以完全驳倒另外两说的观点，因为它既未在实然性上完全解决其立场与“财物”一词在词义上的矛盾冲突，也未能在应然性上彻底说明以非财产性利益进行“贿赂”行为本身不当罚的理由。

本案中重庆市第一中级法院就是采取了财产性利益说，认定原綦江县委副书记林世元接受个体工程承包人费上利先后于 1995 年、1997 年两次提供给其女儿去美国参加夏令营活动的办证及活动费用的物质性利益（折人民币 5 万多元）属于受贿行为，从而使其受贿数额攀升至 11 万元。笔者认为该判决是不恰当的，虽然同意能以金钱折算的财产性利益完全可以纳入“贿赂”范围内，但是，要在实际司法实践中具体应用，应依照刑事法律和刑法司法解释定罪量刑。

（3）利益说，又称“需要说”。认为能满足受贿人各种生活需要和精神欲望的一切财产性利益和非财产性利益均可成为“贿赂”。因为“迁移户口、调动工作、提升职务、安置就业、提供女色等非财产性利益”与财产性利益一样，也能

---

① 参见杨新国：《贪污贿赂法律与司法解释应用问题解释》，中国检察出版社 2002 年版，第 179 页。
② 参见杨新国：《贪污贿赂法律与司法解释应用问题解释》，中国检察出版社 2002 年版，第 179 页。
③ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 1999 年版，第 920 页。
④ 参见马克昌：《刑法理论探索》，法律出版社 1995 年版，第 265 页。

“起到收买国家工作人员的作用。”① 上述利益若强行纳入“财物”的范畴恐怕很难在语义上说得通，故该说与现行法条中“财物”一词的冲突是不可能调和的，故在实然性上应予以否定评价，绝不能在解释论上采取这样的观点，否则即是对罪刑法定原则的明显破坏。

笔者认为利益说在应然性上具有最大的合理性。事实上，在许多情况下某些非财产性的利益比财产性的利益更具腐蚀性，更能够达到行贿者的目的。因而，将贿赂的范围扩及非财产性利益更符合贿赂罪“以权换利，以利换权”的本质特征。该说虽不能成为现实司法的指导，但却应成为改进立法的思路之一。

我国刑法将贿赂的内容形式，仅界定为具有财产性的财物，可见我国关于贿赂内容的界定上采取“财物说”。这种观点主要是着眼于量刑上的方便，其实质只不过是仍在继承沿用我国古代的“计赃治罪”的办法，对其需要进行改革。

**（二）扩大贿赂范围的理论及现实依据**

1. 受贿罪的性质决定贿赂的范围应更为宽泛

“贿赂”作为受贿罪的行为对象，服务于受贿罪的立法目的，因此考察贿赂的范围要从受贿罪的构成要件出发，其中对“贿赂”一词的解释起决定作用的就是对受贿罪的客体的理解。关于受贿罪的客体，主要存在以下几种观点：

（1）受贿罪所侵犯的客体是国家机关的正常活动。这一观点②是大可商榷的，正如有学者指出，如果认为受贿罪的客体是国家机关的正常活动，会面临如下问题：①对受贿人利用职务便利索取或收受了贿赂，但并未利用职务便利为行贿人谋利的行为，就难以认定；②对不违反职务的受贿行为难以认定；③受贿罪的既遂与未遂的科学界限难以划分。这是因为如果认为该罪的直接客体是国家机关的正常活动，就会以受贿人是否为行贿人谋取了利益作为划分受贿既遂与未遂的标准，于法无据，会宽纵罪犯。所以把受贿罪的直接客体认定为国家机关的正常活动是不妥的。

（2）受贿罪侵犯的是双重客体，既侵犯了国家机关的正常活动，又侵犯了公私财产的所有权或社会主义经济管理秩序。笔者不赞成这种观点：其一，受贿罪的客体不应包括公私财产所有权，否则无法解释作为受贿罪对行犯罪的行贿罪中行贿人交付财物的自愿性、甚至主动性。可以说在构成非索贿型受贿罪的情况下，受贿人根本没有侵犯公私财产所有权的故意内容，更不必说破坏财产所有权关系。其二，社会主义经济管理秩序是否是受贿罪的客体，主要取决于我们是否

① 参见马克昌：《刑法理论探索》，法律出版社 1995 年版，第 263 页。

② 参见冯亚东：《受贿罪与渎职罪的竞合问题》，载《法学研究》2000 年第 1 期。

认定受贿罪为经济犯罪。笔者认为只有发生在经济交往过程中的受贿罪才具有经济犯罪的性质①，如公司、企业人员受贿罪就侵犯了公司企业工作人员职务的廉洁性和公司、企业的管理秩序。但是我们这里讨论的是一般的受贿罪，一般受贿罪的直接客体只能是国家工作人员职务行为的廉洁性。

（3）受贿罪的客体是国家工作人员职务行为的廉洁性。② 这一观点是我国刑法学界的通说。"受贿罪的实质在于受贿人的'公权'与行贿人的'私利'之间形成一种'以私利亵渎公权'的不法对价关系。国家工作人员借出卖公共权力捞取个人私利，相对人借交付非法利益'购买'公共权力为其个人谋取利益"。③ 国外学者也有类似的主张，如日本刑法学者植松正认为贿赂罪的立法目的，在于保护职务的廉洁性或保护职务的不可收买性，从只要受贿，即使与不正当行为毫无关系，仍认为成立受贿罪这一点来看，其侵犯的法益是职务的廉洁性，而不是不可收买性的解释是正当的。被收买即使没有实施不正的行为，如果实施贿赂的收受、要求或期约，就会招致对职务公正的怀疑，因而有害廉洁，所以以此为处罚的对象。④ 我国刑法理论界也多倾向于这种观点，因此一般认为可以将我国刑法中规定的受贿罪理解为涵盖事前受贿和事后受贿行为。

综上所述，受贿罪只有单一客体——国家工作人员职务行为的廉洁性，那么我们可以认为贿赂不同表现形式并不会影响受贿罪的成立与否。"只要实际存在'公权'和'私利'之间的这种不法对价关系，不论非法交易的标的物是以财物形式出现，还是以财产性利益形式出现，抑或表现为非财产性利益，不影响受贿罪实质的认定。"⑤ 所以现行刑事立法把贿赂一词解释为"财物"显然过窄，不符合受贿罪客体的要求。贿赂应该是指行贿人自愿交付给受贿人的，能满足受贿人物质需要和精神欲望从而换取受贿人以其职务行为使行贿人某种利益或权利得以实现的一切物质性和非物质性利益。⑥

---

① 受贿罪与经济受贿罪的区别：受贿罪是国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的犯罪行为。从广义上讲经济受贿罪也是受贿罪。但从狭义上分析，两者是有区别的。受贿罪的主体收受他人财物并不介入他人的谋取利益的活动，他人谋取利益也不仅仅是经济利益，还可以是其他利益，此外，也不要求获取的报酬有什么名义，往往是直接表现为：你为我提供便利使我得利，我就给你报答；而经济受贿罪的主体往往会介入他人的牟取利益的活动，他人牟取的利益往往是经济利益。此外，所获取的报酬也往往还有一定的名义，如回扣、佣金、劳务费、信息费等没收财产。

② 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 981 页。

③ 参见梁根林：《受贿罪法网的漏洞及其补救》，载《中国法学》2001 年第 6 期。

④ 参见［日］植松正：《刑法概论Ⅱ各论》，日本：劲草书房 1979 年版，第 68 页。

⑤ 参见梁根林：《受贿罪法网的漏洞及其补救》，载《中国法学》2001 年第 6 期。

⑥ 参见陈兴良主编：《刑事法判解》（第 3 辑），法律出版社 2001 年版，第 35 页。

2. 扩展贿赂内容是我国社会现实生活的迫切要求和打击腐败犯罪的需要

我国刑法将贿赂内容界定在“财物”上的规定，与以往我国商品经济不发达的基本国情是相吻合的。但随着我国市场经济的迅猛发展，社会生活日益丰富，社会商品化倾向日趋严重，受贿者的欲望不断膨胀和需求范围越来越广泛，用于基本生活和生存需要的财物已不能满足其胃口。于是，“以权换钱”被“以权换利”乃至“权性交易”所取代，各种物质性利益和无形的非物质利益便开始成为贿赂犯罪的一种新形式、新特点，贿赂的内容也不断“推陈出新”，形式也更加多样化。从司法实践看，贿赂内容变化的形式主要有：不动产和耐用消费品的使用权，获取无偿劳务，各种免费高级消费活动，各种具有财产内容的知识产权，提供黄赌毒等违禁品，政治性利益，精神性贿赂，如性贿赂等。如果按照现行刑法对贿赂的规定，上述丑恶现象就难以定罪量刑，因此对受贿罪仅限于“财物”这一形式，难以适应惩治这类犯罪的客观需要。从某种程度上说，放纵了犯罪分子，制约了对贿赂犯罪的打击，不利于廉政建设。

3. 扩大贿赂范围是符合事物发展规律的

从我国立法进程看，贿赂之内涵与外延并非一成不变，其运动变化的过程表明，任何一种对“贿赂”范围的界定都会随着社会生活的变迁而被扬弃。“贿，财也；赂，遗也”的认识及“计赃论罪”的原则，曾是符合当时社会生活的实际情况，“财物说”自然会被立法者采纳。1979 年刑法中“贿赂”一词虽在今天看来似乎可能涵盖任何形式的利益，但依我国历史传统、立法当时的社会观念及司法实情，贿赂主要还是指“财物”，这可从 1988 年《补充规定》及修订刑法将“贿赂”明确为“财物”以及处刑轻重主要以数额论而得以印证。但随着社会的发展，大量财物以外的财产性利益成为了贿赂犯罪的对象，这就需要立法者及时调整法律规范，以满足打击犯罪的需要。可见，“作为贿赂的利益，其内容未必是确定的或永存不变的。它的实现可能要受以后不同的条件所左右，如果实现了预想的可能性，就成为贿赂所得。”①

4. 扩大贿赂的范围是顺应世界贿赂立法潮流、与国际反腐斗争相协调的需要

从国外的立法潮流看，随着腐败的社会危害不断加剧，世界各国反腐败的力度也相应加大，大多数国家的刑法均承认，“贿赂除了财物、财产性利益之外，还包括其他非物质性利益”②，如意大利、瑞士、德国、日本等国即是如此。而

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，翻译出版公司 1991 年版，第 540 页。

② 参见张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 779 页。

我国现行刑法仍然将财物规定为贿赂的唯一内容，显然已经落后于当今世界反贪污贿赂的立法和司法进程。我们认为应借鉴国外的立法模式尽快改善立法，只有这样，我们才能在法治的名义下，深入开展反腐倡廉的工作。

2003 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的生效与《联合国反腐败公约》（下称两个公约）的顺利通过吸引了世人的目光。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第 8 条第 1 款规定，行贿罪是指“直接或间接向公职人员许诺、提议给予或给予该公职人员或其他人员或实体不应有的好处，以使该公职人员在执行公务时作为或不作为”；受贿罪则是指“公职人员为其本人或其他人员或实体直接或间接索取或接受不应有的好处，以作为其在执行公务时作为或不作为的条件。”可见，《公约》的“贿赂”是指作为公职人员“在执行公务时作为或不作为的条件”的“不应有的好处”，显然比我国法律所规定的贿赂范围宽泛，我国刑法有关贿赂范围的规定是否达到《公约》所要求的标准将直接关系到对《公约》义务的履行，笔者认为我们可以以此为契机扩张国内法上贿赂的范围，从而与国际接轨、更好的参与国际合作，推动我国“反腐败”刑事立法的进步。

**（三）循序渐进完善贿赂内容立法**

1. 在现行立法模式下，可以将“贿赂”扩张解释为包括“财产性利益”

根据我国现行刑法的规定，贿赂的内容无疑是限定为财物，包括具有价值的可以管理的有体物、无体物，可以扩大解释为包括财产性利益。因为财产性利益可以通过金钱估价，而且许多财产性利益的价值超出了一般物品的经济价值，没有理由将财产性利益排除在财物之外。受贿罪是以权换利的肮脏交易，将能够转移占有与使用的财产性利益解释为财物，完全符合受贿罪的本质。至于非财产性利益，则不属于财物。虽然从受贿罪的实质以及国外的刑法立法与司法实践上看，贿赂也可以包括非物质性利益，但我国一贯实行惩办与宽大相结合的刑事政策，这就决定了要将受贿的认定控制在适当的范围内。将非财产性利益视为贿赂，则扩大了受贿罪的处罚范围。因此，在目前还不适宜将非财产性利益作为贿赂。

2. “非财产性利益”不宜入律

关于贿赂范围的确定，需要考虑诸多因素：一是传统因素。从中国传统来看，贿赂一直被解释为财物。从《唐律》的“诸受人财而为请”到现行《刑法》的规定，都把贿赂界定为财物。二是文化因素，即国家文化传统因素的影响。中国素有“礼仪之邦”的美称，是一个具有浓厚传统文化底蕴的国家，礼尚往来被认为是社交必不可少的表示关系亲密的手段，一般的请客送礼已被社会公众认

可，国家工作人员无疑也会受此影响。所以，如果把贿赂范围无限放宽，无疑会产生不必要的矛盾。三是国情因素。当前中国的实际情况是腐败现象比较严重，犯罪面较广，同时又处于经济、政治体制转轨时期，且由于各种因素公务人员的构成复杂，素质参差不齐。一方面国家、政府要重拳出击打击惩治腐败，另一方面司法体制改革又相对滞后，如果把贿赂范围扩大，现有的司法体制和警备力量无力承受，反而会适得其反，放纵真正的腐败分子。司法理论界一直争论激烈的“性贿赂”问题，最终也无法形成统一认识，根源就在于此。从理论上讲，因提供性服务而使国家工作人员不能公事公办，将其列入刑法符合贿赂罪的立法目的，但是从实践的角度出发就会发现存在许多问题：一方面在量刑上无法量刑，另一方面在司法实际操作上，如案件的侦查、取证等环节，都会产生许多难以解决的问题。这些都是目前的司法体制所无法承受的。因此，我国《刑法》中对贿赂范围的界定应有一个循序渐进的过程。财物是贿赂的基本内涵，随着司法体制进一步完善，社会法制化进程的加快，公民法律意识的增强，将其范围再扩大到非财产性利益或许有其可能。

3. 目前对非财产性利益受贿案件处理

现实中以非财产性利益的受贿行为屡见不鲜。它是指行为人利用职务上的便利索取或非法收受非财产性利益，而为他人谋取利益的行为，如介绍职业、提职晋级、入党入团、调换工作、授予荣誉称号、提供性服务等。如前文所述，非财产性利益能否成为受贿犯罪的对象，理论上存在争议。笔者认为，非财产性利益能否成为受贿罪的犯罪对象，必须严格依照刑法规定，作为受贿罪的犯罪对象，只能是财物，故非财产性利益不能成为受贿犯罪对象。但并不是说对以非财产性利益为犯罪对象的贿赂犯罪就无可奈何，根据实践经验，此类行为多是和职务犯罪相联系的，完全可以按本法规定的其他罪加以惩处，如玩忽职守罪、滥用职权罪等。

综上，我国刑法中对贿赂范围的界定应有一个循序渐进的过程，目前应当承认“财物”是贿赂的基本内涵，为了满足打击腐败的需要，可以也应当解释为包含能换算为金钱的财产性利益。随着司法体制进一步完善，公民法律意识的增强，对于非财产性利益有了更加深入全面的理论研究，尤其是当司法实践可操作性增强时，可以考虑修改立法，将贿赂的范围再扩大到非财产性利益。

## 七、法院的变更指控罪名权问题探讨

綦江虹桥垮塌案一审中，重庆市人民检察院第一分院以赵祥忠“对綦江虹桥的质量监督马虎草率，不认真核查虹桥的设计、施工资质和重要构件生产厂家的

资质，不认真履行职责致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，涉嫌玩忽职守罪”向重庆市第一中级人民法院提起公诉。[①] 被告及其辩护人认为重庆市市政工程质量监督站不属于国家机关，赵祥忠不具有国家机关工作人员的身份，检察院对赵祥忠犯有玩忽职守罪的指控不能成立。重庆市第一中级人民法院在审理中，采纳了赵祥忠及其人辩护人的意见，但同时又认为公诉机关起诉赵祥忠的基本事实清楚，证据确实、充分，赵的行为已构成工程重大安全事故罪，判处有期徒刑 5 年，并处罚金人民币 2 万元。[②] 显然，法院对赵祥忠所犯罪名的认定和检察院的指控并不一致，重庆市第一中级人民法院在检察院没有指控赵祥忠犯工程重大安全事故罪的情况下，直接判决赵祥忠犯有工程重大安全事故罪。这一判决不仅引起了关注该案的广大群众对诉讼程序的不解与兴趣，更引发了学术界对法院是否拥有变更指控罪名权的热烈讨论，下面笔者将就此问题加以探讨。

### （一）我国法院的变更指控罪名权

1. 学界的不同观点之争

对于我国法院目前是否拥有变更指控罪名权，学术界主要有肯定说和否定说两种观点，其中持后一种观点者居多。

否定说认为法院无权变更指控罪名理由主要有以下几点：①这种做法违背了“分工负责、互相配合、互相制约”的宪法和法律规定，背离了“不告不理”的诉讼原则；②违反了控审分离原则，混淆了法官与检察官职能；③变相剥夺了被告人的辩护权，使得辩方无法针对变更后的判决罪名进行有效的辩护。[③] 该派学者认为，法院变更起诉指控罪名的观念性原因是追求实体真实，结构性原因是法官在刑事诉讼中的超越职权，体制性原因是诉审同一原则在我国刑事诉讼中未得到充分肯定和完整体现。法院变更起诉指控罪名，破坏了现代刑事诉讼中控辩审三方合理的角色，与现代民主政治条件下司法决策的民主性和科学性的基本要求相悖，不利于维护被告人的合法权益。

肯定论的代表观点则认为，法院不是量刑工具。我国刑事诉讼法对法院的罪名变更权未作规定（或未作禁止性规定 ），最高人民法院的解释是审判工作中具

---

① 参见中央电视台庭审直播摄制组编：《綦江虹桥垮塌案审判实录》，法律出版社 1999 年版，第 33 页。

② 参见中央电视台庭审直播摄制组编：《綦江虹桥垮塌案审判实录》，法律出版社 1999 年版，第 285 页。

③ 参见张明新：《论法院变更指控罪名直接定罪的得失》，载《江苏公安专科学校学报》2001 第 1 期。

体应用法律的问题，没有侵犯立法权；法院变更起诉指控罪名正是依法行使审判权，不存在侵犯检察权的问题；法院变更起诉指控罪名，检察院已尽举证责任，控辩双方展开了充分辩论，不存在对被告人辩护权的剥夺问题。[①]

2. 我国法院应当具有变更指控罪名权

笔者比较倾向于肯定说，在刑事诉讼中，法院应当享有变更指控罪名权，否定派所持理由值得商榷。

所谓变更指控罪名权，是指法院在刑事案件庭审结束后，认为检察机关指控被告人所犯的罪名与法院审理查明的犯罪事实不相符合时，享有按照法院审理认定的罪名、对被告人作出有罪判决的权力。我国《刑事诉讼法》对人民法院是否享有变更指控罪名权并未做出明确规定。但是最高人民法院 1998 年作出的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》）第 176 条第 1 款第 2 项规定："起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的，应当作出有罪判决。"持肯定说的学者大多据此认为我国通过司法解释明确赋予了人民法院变更指控罪名权。并且在司法实践中，无论在《解释》作出规定之前还是之后，都存在人民法院改变检察机关指控罪名作出有罪判决的现象，从理论和实践两个方面考察，我们可以看出否定论的观点值得商榷：

（1）法院的变更指控罪名权并不与我国刑事诉讼法的诉审同一的相关规定相冲突。"诉审同一原则"是一项在近现代各国刑事诉讼立法中得到普遍遵循的、具有普适性的诉讼原则，其含义是在刑事审判程序中，审判机关审判的对象必须与控诉机关起诉指控的对象保持同一，审判机关不能脱离控诉机关起诉指控的对象而另行审理和判决。一般而言，各国公认或达成共识的诉审同一原则仅指犯罪事实的诉审同一，即审判机关所审判的犯罪事实必须与控诉机关起诉指控的犯罪事实保持同一，审判机关不能脱离起诉指控的犯罪事实而另行审理其他事实，这被视为诉审同一原则不可突破的底线，也即最低限度意义上的诉审同一。但是，就诉审同一原则适用的上限而言，是否应当包括对犯罪事实的法律评价即法院判决罪名和控方起诉罪名的诉审同一，则各国有不同的认识和规定，并由此导致各国在构建法院变更指控罪名的模式上出现了"实体限制型"与"程序限制型"的分野。

---

① 参见罗书平：《法院不是"量刑工具"——也谈法院能否改变指控罪名》，载《中国律师》1999 年第 8 期。

持肯定说的学者认为，《刑事诉讼法》第137、141、150、162等条款[①]中关于犯罪事实或案件事实的规定实际上也是关于罪名的规定，因此，当人民法院认为案件事实清楚，也就意味着它同时应当承认起诉指控的罪名是正确的，故根据诉审同一规则，人民法院只能根据起诉所指控的罪名对被告人作出有罪判决。笔者认为，犯罪事实并不等同于罪名，二者并非同一概念。犯罪事实是指客观存在的犯罪各种情况的总和，它既包括作为犯罪构成要件的基本事实，也包括与犯罪构成要件事实密切相关、直接影响犯罪危害程度的其他事实如犯罪性质、犯罪情节等。而罪名是指依照法律规定的犯罪的名称，是对具体犯罪的本质和主要特征的高度概括。犯罪事实是否清楚是事实认定问题，而罪名确定是刑法适用问题；罪名的确定有正误之分，法院认为案件事实清楚，并不意味着它同时就应当承认起诉指控的罪名是正确的。上面所列的《刑事诉讼法》的相关条款只能理解为对犯罪事实或案件事实的规定，而不能偷换概念，曲解成是对罪名的规定，更不能据此认为法院没有变更罪名权。

（2）法院改变指控罪名作有罪判决的权力并不违反“不告不理原则”。不告不理原则，是指未经控诉一方提起控诉，法院不得自行主动对案件进行裁判的一项审判基本原则，其基本含义可归纳为：法院受理案件必须以控方起诉为前提；法院审理中受控方起诉范围的约束。笔者认为，法院拥有改变指控罪名而作有罪判决的权力并不违反上述不告不理原则。①法院变更指控罪名是在检察机关提起公诉，法院认为符合受案条件，正式受理案件并且在庭审结束之后才作出的决定。法院审理的案件是公诉机关起诉的案件，审理的犯罪事实是公诉机关指控的犯罪事实。因此，法院变更指控罪名仍然是在检察机关对案件提起公诉的情况下进行的，符合“不告不理原则”以起诉为前提的要求。②法院变更指控罪名并不意味着法院不受检察机关起诉范围的约束。如上文所述，检察机关起诉范围应当

---

① 《刑事诉讼法》第137条：人民检察院审查案件的时候，必须查明：（一）犯罪事实、情节是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪性质和罪名的认定是否正确；（二）有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人；（三）是否属于不应追究刑事责任的；（四）有无附带民事诉讼；（五）侦查活动是否合法。

第141条：人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。

第150条：人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。

第162条：在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，分别作出以下判决：（一）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决；（二）依据法律认定被告人无罪的，应当作出无罪判决；（三）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

理解成检方指控的犯罪事实，而不应理解成告诉的罪名。检察机关起诉指控的犯罪事实才是认定被告人应否承担刑事责任及承担何种刑事责任的核心。正如刑事诉讼法规定的那样，法院审理的首先是犯罪事实，然后再考虑犯罪事实与所指控罪名是否相吻合，法院变更指控罪名是在对起诉指控的犯罪事实进行审理并认为事实是清楚的，只是确定罪名错误的情况下才进行变更。因此，法院改变指控罪名而作有罪判决实际上仍然受到检察机关起诉范围即所指控的犯罪事实的约束，并不违反不告不理原则。

（3）法院改变指控罪名作有罪判决的权力未必违反控审分离原则。控审分离原则也是现代刑事诉讼立法普遍遵行的基本原则。其含义包括三方面内容：①法院的刑事审判权必须是消极和被动的，如果检察机关或者自诉人没有提起正式的控诉请求，法院就不能启动审判程序；②法院的审理和裁判范围受制于起诉书中指控的案件事实范围，即使发现了检察官未曾指控的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，法官也不得擅自扩大审判范围，而必须在检察机关追加诉讼请求之后才能进行审理；③法官在刑事审判过程中，不得实施任何带有追诉性质的诉讼活动，只能在听取控辩双方辩论的案件事实的基础上，居中作出适用法律的裁决。

从刑事审判实践来看，法院改变指控罪名的情形有以下两种：①法官履行控诉职能，主动地调查取证，代替检察官收集被告人新的犯罪事实或者应该加重处罚的证据事实，从而增加被告人的罪名或者加重其刑罚；②法官在保持与控诉事实同一的基础上改变对案件的定性，做出与控诉罪名相异的有罪判决。

显而易见，在第一种情形下，法官的做法属于越俎代庖，代行检察权，已经严重违背了控审分离原则（实质上这种现象即使在职权主义诉讼中也不常见）；在第二种情形之下，法官变更控诉罪名会有两种后果，即加重或减轻被告人的刑罚。当法院变更控诉罪名加重了被告人刑罚时，其行为已具有追诉性质，是职权主义诉讼方式的体现，这时认为法院变更指控罪名“混淆了诉讼职能”的说法似乎不无道理。但是，当法官变更指控罪名得以减轻被告人刑罚时，不好说法官的行为违反了控审分离原则。因此不能以此一概反对法官享有变更指控罪名的权力，认为法院在任何时候都不能变更指控罪名者，其错误之处是混淆了检、法两机关各自的法定职能，是对控审分离原则的曲解。

（4）法院改变指控罪名与被告人的辩护权可以并行不悖。诚然，法院变更指控罪名在某些情况下会影响到被告人辩护权的行使，但是，是否因此就能得出法院改变指控罪名而作有罪判决的权力就一定会侵犯被告人的辩护权呢？并不尽然。如上文所列，法院变更指控罪名对被告人可能造成两种结果：加重或者减轻刑罚。当法院变更指控罪名后能够产生有利于被告人实质后果时，恰恰是被告人

辩护权得以有效保障的集中体现。因为刑事审判程序是以控辩对抗和法官居中裁断为主线展开的，控辩双方都是从有利于己的角度来理解和适用法律。法官的任务是兼听则明，充分听取控辩双方的举证、质证和辩论，最终发现事实真相，正确适用法律。在刑事司法实践中，如果法官认为被告人及其辩护律师的辩护意见中肯应予采纳，往往会变更控诉罪名以减轻被告人的刑罚。

一般而言，法院变更指控罪名减轻被告人刑罚的情形有两种：①直接按照被告人提出的辩护罪名进行定罪量刑。例如，控诉罪名为故意杀人罪，辩护律师以过失杀人进行辩护，法庭审理后采纳辩护意见，判决变更为过失杀人罪。显然，在这种情形下，认为法官变更指控罪名剥夺了被告人辩护权的观点是错误的。②法院以新的罪名对被告人进行了定罪量刑，作出了有利被告的裁判。例如，公诉人以贪污罪对被告人提起公诉，辩护律师为被告人作了无罪辩护，法院最终以挪用公款罪对被告人进行了定罪量刑。此时，合议庭之所以通过变更指控罪名以减轻被告人的刑罚，正是部分采纳了辩护意见的结果。换言之，在这种情形下，认为法院变更指控罪名剥夺被告人辩护权利的说法也是不妥当的。

### （二）国外关于法院变更指控罪名权的立法模式

考察当今世界大多数国家的立法，可以看出，在法定的情形下，允许法院变更指控罪名为大多数国家的通例。例如，意大利《刑事诉讼法》第 521 条第 1 款明文规定：法官在判决时可以对事实作出不同于指控中定性的法律认定，只要所认定的犯罪未超出其管辖权。法国同意大利的做法如出一辙，只要审判法庭变更指控罪名不超越其管辖权范围即可为之。[①] 在德国，《刑事诉讼法》第 155 条规定也明确赋予了法院变更指控罪名的权力。[②] 在俄罗斯，只要法庭认为被告人的行为具有社会危害性，符合刑法上的犯罪构成要件，即应作出有罪的刑事判决，而不受检察院指控罪名的限制。在日本，检察机关提起公诉时必须列明诉因（诉因就是犯罪构成的事实），法院的审判必须受制于诉因范围。日本刑事判例指出，如果法院在审判过程中认为诉因中的犯罪事实没有变化而犯罪构成和处罚条款适用错误，检察机关就没必要重新起诉或者变更诉因，法院可直接变更罪名定罪处刑。通常情况下，不需要变更诉因的前提条件是法律评价存在包容

① 参见［法］卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 450 页。

② 德国《刑事诉讼法》第 155 条规定："（一）法院的调查与裁判，只能延伸到起诉书中写明的行为和以诉讼指控的人员。（二）在此界限范围内，法院有权和有义务自主行动；尤其是在刑法的适用上，法院不受提出的申请之约束。"从该条第 2 款规定中可以看出德国刑诉法也明确赋予了法院变更指控罪名的权力。

关系或者对被告人的防御权没有实质性的影响。[①] 从以上的比较中可以看出，对于法院是否可以变更指控罪名，法德的职权主义诉讼与英美的对抗制诉讼迥然不同：

在职权主义诉讼的法德等国，对法官的变更指控罪名权采用“程序限制”，法官变更指控罪名的裁量权较大，在通常情况下，只要本法庭仍享有对判决罪名的管辖权时即可以为之。“程序限制型”模式的主要内容是通过增加设置一道“告知—防御”程序来保障被告人对变更的罪名有进行防御的机会，即在法院变更指控的罪名之前，法院应将罪名的变更等事项通知被告人，给予被告人防御的机会，否则，法院不能变更起诉指控的罪名。

而在当事人主义诉讼的英美国家中，法官（或者陪审团）所享有的裁量权很小，法官有权直接变更指控罪名，但法官所能变更的罪名的种类和范围受到了严格的限制，仅限于判决罪名较控诉罪名为轻或者只能缩小认定包容性犯罪。其原因在于，在当事人主义诉讼看来，存在包容性关系的两个诉因，对于被告人来说在防御方法上是相同的，检察官以大诉因起诉，法官以包容于该大诉因中的小诉因判决，并不会损害被告人的防御权，因为当被告人对检察官起诉的大诉因进行防御时，就已经对包容于其中的小诉因进行了充分的防御，例如检察官以一级谋杀罪起诉，则被告人在对此进行防御时就已经对二级谋杀罪进行了充分的防御，那么法官认定二级谋杀罪成立就不会对被告人造成“突袭裁判”。由于英美当事人主义诉讼是从实体上即罪名的种类和范围的角度来限制法官变更罪名的权力，因此我们称之为“实体限制型”。

在这方面，日本和德国的做法值得借鉴。例如，根据《日本刑事诉讼法》第312条的规定，当法院认为检察机关指控罪名（诉因）不当时，可采取如下措施：“法院鉴于审理的过程认为适当时，可以命令追加或者变更诉因或者罚条，法院在已经追加、撤回或者变更诉因或者罚条时，应当迅速将追加、撤回或者变更的部分通知被告人”。“法院认为由于追加或者变更诉因或者罚条可能对被告人的防御产生实质性不利时，依据被告人或者辩护人的请求，应当裁定在被告人进行充分的防御准备所必要的期间内，停止公审程序。”德国《刑事诉讼法》第264条第2项规定“法院不受开始审判程序的裁定所依据的对行为的评断之约束”；第265条则对在法律观点变更即主要指罪名变更的情况下如何保障被告人的辩护权进行了详尽的规定。日本、德国刑事诉讼法的相应规定表明，法院行使变更罪名权并不是与被告人的辩护权绝对对立的，通过一定的程序设计，完全可

① 参见［日］田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪等译，法律出版社2000年版，第165—173页。

以解决好法院变更指控罪名与被告人行使辩护权之间的关系，既赋予法院变更指控罪名权，又保障了被告人辩护权，认为法院改变指控罪名而作有罪判决的权力就一定侵犯被告人辩护权，这是以偏概全的论点。

**（三）赋予法院变更指控罪名权的必要性**

在刑事诉讼中，法院享有变更指控罪名权有其存在的法理依据和积极意义：

1. 历史渊源

我国强职权主义的诉讼模式决定了法院应当享有变更罪名权。我国 1979 年《刑事诉讼法》即构建了一种强职权主义诉讼模式，这是一种注重惩罚和控制犯罪，以发现实体真实为绝对价值目标的诉讼模式，强调司法机关职权运用的积极性和广泛性，尤其是法院的审判职能在我国强职权主义诉讼模式下得到极度膨胀和强化，为查明案件真相、发现实体真实，法官在庭审中享有充分的司法能动性和充足的司法手段，法院变更指控罪名被视为发现实体真实，保证结果公正的必要的司法手段。①

1996 年《中华人民共和国刑事诉讼法》的修改使我国刑事诉讼模式发生结构转型，原来的强职权主义诉讼模式已为新的带有当事人主义特征的控辩式诉讼模式所取代。新的控辩式诉讼模式的一个突出特征就是审判结构趋于“当事人化”，庭审中的对抗制因素明显增强，法官的职权因素则相应地减少。但是，从改革后的总体效果来看，新的控辩式诉讼模式仍然保留了一定程度的“强职权主义因素”，一个明显的例证就是新刑诉法对法院变更指控罪名的权力仍然不加任何限制。如《刑事诉讼法》第 162 条第 1 项规定：“案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决。”该条款虽未明确指明法院有权变更指控罪名，但是从该条款的立法意图来看，显然是在强调只要查清了犯罪事实、证据确实充分，法院就可以作出有罪认定，而不论是否是以起诉指控的罪名予以认定的。另外，前面提到的最高人民法院在《解释》中第 176 条第 2 项规定，更是明确指出法院有权也有义务变更起诉指控的罪名，在司法实践中，各级人民法院正是据此行使着变更指控罪名的权力。

应当注意的是，目前我国的法律尚未对法院变更指控罪名的权力作出实体上或程序上的限制，显然是对强职权主义传统的沿袭。

---

① 根据 1979 年《刑事诉讼法》第 120 条的规定：“在被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议，根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定，作出被告人有罪或者无罪，犯的什么罪、适用什么刑罚或者免除刑罚的判决”。在这里，所谓“犯的什么罪”，就是指罪名的认定。据此，法院经过审理认为检察院起诉指控的罪名不正确的，可以在判决中径直“根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定”对起诉指控的罪名予以变更，没有任何实体或者程序上的限制，因此对被告人辩护权的保护不足。

2. 变更指控罪名权是法院定罪权的应有之义

《刑事诉讼法》第 12 条规定："未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪"，明确界定了只有作为国家审判机关的人民法院才享有定罪权，即指法院享有确定被告人是否有罪、该当何罪的权力。而检察权的核心是公诉权和法律监督权而不是定罪权。检察机关指控的罪名在未经审判机关依法审理判决之前只是一个不确定的罪名，被告人应否负刑事责任还处于不确定状态。只有在审判机关对案件进行审理之后，根据所查明的事实、证据和有关法律规定，才能最终确定被告人是否有罪，构成何罪和应适用何种刑罚。确定罪名作为定罪权的有机组成部分，其权力主体即法院有权据此变更检察机关指控罪名，这是法院统一行使定罪权的诉讼原则的表现。因此，检察机关依其公诉权可以按其认定的罪名提起公诉，审判机关依其定罪权可以对检察机关指控错误的罪名进行变更，在客观公正的基础上最终确定罪名。

3. 法院在刑事诉讼中的裁判者地位，决定了它有权变更指控罪名

现代刑事诉讼结构一般体现为"控辩裁"三方组合的三角结构。在公诉案件审判阶段，检察机关是控方，被告人及其辩护人是辩方，法院则居中裁判，处于裁判者地位。在审理过程中，控辩双方均从利己角度出发提出自己的主张，孰是孰非就由法院来进行裁断。就罪名而言，检察机关指控的罪名仅是控方认定的罪名，被告人及其辩护人提出的罪名仅是辩方认定的罪名。在我国刑事诉讼中，法院并非单纯超然的裁判者，法院的诉讼活动仍然带有一定的职权性。因此，法院既可采纳或否定其中任何一方提出的罪名，也可裁断双方提出的罪名均为错误，确定另一罪名才是正确的。法院的裁判者地位决定它有权变更检察机关的指控罪名，采用法院审理认定的罪名作出有罪判决。

4. 法院享有变更指控罪名权有利于提高诉讼效率，符合诉讼经济原则

如果人民法院享有变更指控罪名权，在犯罪事实清楚、证据确实充分的情况下，对指控错误的罪名予以纠正，就可以缩短诉讼周期，减少诉讼成本，节约司法资源，有利于提高诉讼效率，符合以较小的诉讼成本实现较大的诉讼效益的诉讼经济原则。

**（四）对我国法院行使变更指控罪名权的程序设计**

旨在追究犯罪、惩罚犯罪的刑事诉讼活动，究其实质乃是发生于国家与个人之间的一种权益冲突。由于国家与个人力量的悬殊，为保证司法公正、实现程序正义必然要求建立科学合理的刑事司法程序，一方面限制国家刑事司法权的膨胀和刑事司法手段的滥用，实现国家权力的自我抑制；另一方面赋予被告人充分的防御权利，借以抵御国家权力的侵犯。法院变更指控罪名的权力作为一种国家权

力必然会在刑事诉讼过程中与被告人的防御权（主要是辩护权）产生冲突，若不对其从实体上或程序上加以限制，则必将妨碍被告人辩护权的行使，造成无辩而判的不公正局面，因此我国法院变更罪名权的强职权主义特征应当加以改造。对此已有国外先进的立法和司法经验可供借鉴，对于“实体限制型”与“程序限制型”两种模式，笔者认为，我国应以选择移植当事人主义诉讼的“实体限制型”模式为宜，对法院变更指控罪名的运作程序可作如下设计：①

1. 规定法院行使变更指控罪名权的范围：仅限于重罪名改轻罪名

法院行使变更指控罪名权应遵循有利于被告人原则，刑事诉讼活动涉及对公民人身权利和自由的生杀予夺，同时，相对于拥有雄厚司法资源和以国家强制力为后盾的司法机关而言，公民个人的权利明显处于弱势地位。为了平衡控辩之间的关系，在刑事诉讼中必须遵循有利被告原则。因此笔者认为法院行使变更指控罪名权时必须做到变更控诉罪名后能产生有利被告人的实质后果，否则就难免危害被告人的辩护权，使其无法充分防御，造成无辩而判的不公正后果。

根据《刑事诉讼法》第 162 条第 1 项和《解释》第 176 条第 1 款第 2 项的规定，笔者认为，法院只有在经过开庭后认为起诉指控的犯罪事实清楚，证据确实充分，只是检察机关指控罪名错误的前提下才能行使变更指控罪名权，按照人民法院审理认定的罪名作出有罪判决。如果犯罪事实不清楚，证据不确实、不充分，法院无权行使也无必要行使变更指控罪名权，而应依法直接作出无罪判决。在下列情况下，人民法院有权适用与起诉指控不同的罪名：①将起诉的甲罪辩为较轻的乙罪的，可以认定为乙罪；②将起诉的犯罪既遂辩护为犯罪预备、未遂或中止的，可以认定为犯罪预备、未遂或中止；③对起诉数罪作一罪辩护的可以认定为一罪；④将起诉指控的主犯辩护为从犯、胁从犯的，可以认定为从犯、胁从犯；等等。

笔者认为上述四种情况下法院的行为符合刑事诉讼法的基本原则。因为起诉的事实都是由公诉人指控的，符合不告不理原则和人民检察院独立行使检察权原则；凡是法院变更的罪名要么是公诉人指控的，要么是被告人或者辩护人提出的，双方均有充分准备，控、辩双方在法庭上都进行过辩护和辩论，符合公开审判原则和辩护原则，不会侵害被告人的辩护权。

反之，在下列情形下人民法院不得变更罪名：①起诉指控被告人犯此罪，人民法院认为被告人的行为构成处罚更重或者相同的彼罪的；②将单位犯罪起诉为

---

① 笔者注：我们在此探讨的法院变更指控罪名均是在假设法院、控辩双方对起诉指控事实无争议，单纯就适用罪名种类、罪数认定发生不同意见的情况下进行的。

自然人犯罪或者将自然人犯罪起诉为单位犯罪的；③起诉遗漏了被告人的罪行的；④起诉遗漏了应当追究刑事责任的人的；⑤起诉将被告人的行为指控为一罪，法院认为被告人的行为构成数罪的；⑥起诉将犯罪既遂指控为犯罪预备、未遂或中止的；⑦起诉将共同犯罪中的主犯指控为从犯、胁从犯的；⑧起诉遗漏了被告人的从重处罚情节的。

在上述情况下，人民法院可以建议人民检察院或者自诉人追加或者变更起诉的罪名，人民检察院或者自诉人接受建议追加或者变更起诉罪名的，人民法院应当延期审理，以给予被告人充分的准备辩护的机会和时间。

2. 法院行使变更指控罪名权的方式

目前我国法院改变指控罪名的实践操作程序一般是在庭审举证、质证，控辩双方辩论结束之后，合议庭经过评议，认为检察机关指控罪名与审理查明的事实不符，应予变更，如果没有新的证据，不再开庭即以合议庭认定的罪名径行宣判。

法院行使变更指控罪名权可以两种方式进行：①直接变更；②协商变更。所谓直接变更，是指法院在开庭审理之后，认为案件事实清楚，证据确实充分，而公诉机关指控罪名错误，法院不与控辩双方进行协商，直接变更指控罪名，按照法院审理认定的罪名作出有罪判决的方式。所谓协商变更，是指法院在开庭审理之后，认为案件事实清楚，证据确实充分，而公诉机关指控罪名错误，但经过一定程序与控辩双方协商，在听取控辩双方对变更罪名的意见后，按照重新认定的罪名作出有罪判决的方式。法院应当区别不同的情形适用不同的变更方式。

（1）直接变更。目前我国司法实践中法院改变指控罪名的做法基本上都是属于这种“直接变更”，即庭审后不与控方和辩方协商，径行作出有罪判决。绝大多数学者对法院直接变更罪名持抨击态度，认为这种法院单方所做的罪名变更缺乏举证和论辩基础，违反了辩论原则和辩护原则，对于控辩双方尤其是辩方具有突袭性，在一定程度上可以说剥夺了被告人的辩护机会，使被告人受到了无防护打击，违背了基本诉讼原理。笔者认为，直接变更罪名的确存在一定消极影响，即使法院判决最后实际上较指控罪名有利于被告人的情况下，也不应允许法院直接变更指控罪名，因为代表被告利益的律师在不了解情况的前提下无法针对法院所改判的罪名展开辩护，而其一旦知情很有可能朝着更轻缓甚至无罪的方向辩护。如果允许法院直接改判的话，除非判决无罪开释，否则就难免造成对被告人诉讼权利保护的不周全，因此笔者不赞成直接变更的改判方式。

（2）协商变更。即合议庭在庭审过程中，如果对控诉事实没有异议但认为控诉罪名偏轻时，合议庭应该商请检察院变更控诉，将变更控诉罪名的意向告知辩

护方。这种方式既体现了法院的审判权和主导权，又尊重了检察机关的公诉权和被告人的辩护权，也未违反辩论原则、辩护原则。在经过控辩双方积极参与后再正式确定罪名，也是诉讼民主的一种表现。在协商变更情况下，法院应认真听取控辩双方的意见，如果经协商后认为不宜变更的，应不作变更。

协商变更的具体方式可如下操作：先由合议庭在休庭后将欲变更为何种罪名的初步意向在休庭后以书面方式通知控辩双方，并给予双方一定的准备时间；其间辩护律师可以要求查阅卷宗和上次开庭笔录并可再次会见被告人，再次开庭时由法庭征求控辩双方的意见，决定是否再进行法庭调查，如果控辩双方一方要求或法庭认为应就某些事实或证据进行核实，则庭审从法庭调查阶段开始进行直到被告人最后陈述；如果控辩双方没有要求且法庭也不认为有重复法庭调查的必要，则直接进入法庭辩论阶段，由控辩双方对法院变更罪名的意见进行辩论，在充分听取控辩双方辩论意见的基础上，法院休庭后，经合议庭再次评议决定是否变更指控的罪名，并对评议结果依法予以判决。

3. 对于法院认为指控罪名偏轻的，法院在休庭评议前均可建议追加或者变更起诉罪名

在开庭审判前提出建议并且建议被采纳的，应当在变更、追加起诉后重新进行《刑事诉讼法》第 151 条规定的各项工作。在法庭调查阶段提出建议并且建议被采纳的，应当决定延期审理，以使被告人及其辩护人有充分的机会和时间准备辩护。在法庭辩论阶段、被告人最后陈述阶段提出建议并且建议被采纳的，应当宣布延期审理，在被告人及其辩护人做好充分的辩护准备之后，恢复法庭调查或者法庭辩论。人民检察院或者自诉人有权决定是否采纳人民法院的建议。不接受建议的，按下列规定作出判决：（1）以此罪起诉，被告人对此罪作无罪辩护，法院认为行为构成彼罪的，应当作出无罪判决，对此无罪判决不得上诉，也不得对无罪判决认定的同一事实提起新的诉讼；（2）将单位犯罪作为自然人犯罪起诉的或者将自然人犯罪作为单位犯罪起诉的，应当作出无罪判决，对此无罪判决不得抗诉或上诉；总之，法院仅可在起诉指控的范围内作出有罪判决，并不得比起诉指控更恶化被告人的处境。即如果法院不同意检察院起诉的罪名，而检察院又坚持不改变罪名的话，法院有权作出证据不足、指控犯罪不能成立的无罪判决。

有学者认为这种做法不妥："其一，罪名不属于公诉对审判的限定范围，否则将造成公诉对审判的侵犯；其二，如果诉讼的犯罪主体和罪状清楚，只是因为罪名问题而作无罪判决显然是对犯罪行为的放纵；其三，如果公诉的犯罪主体和罪状清楚，建议适用的法律条款也正确，仅仅因为罪名的表述不准确或不正确而作无罪判决，实质是在玩文字游戏，因为罪名只不过是文字表述问题，实质在于

条款引用是否正确。”[1] 笔者认为这个观点值得商榷，该论点实际上是“重实体轻程序”的传统思想的延续，殊不知没有严格程序的保障实体正义的实现难如上青天！控方不接纳法院对于改换罪名的建议，一意孤行，理应承担败诉的结果[2]，而不能为了所谓的实体正义要求法院抛却“疑罪从无”、“有利于被告”的刑事诉讼基本原则来迁就检方，让被告人承担不利后果。

**（五）对“虹桥”案法院变更指控罪名的反思**

回顾綦江虹桥案中法院直接变更检察机关指控罪名作出有罪判决的做法：在虹桥案中，检察机关指控赵祥忠的罪名是“玩忽职守罪”，法院变更后的罪名为“工程重大安全事故罪”。根据《刑法》第 397 条和第 137 条的规定，玩忽职守罪的法定刑为：“处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”工程重大安全事故罪的法定刑为：“处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；后果特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”通过比较可以看出，工程重大安全事故罪的刑罚严厉程度重于玩忽职守罪。而且从被告人的角度说，由于检察院起诉指控的罪名是玩忽职守罪，因此纵观整个庭审过程，被告人的辩护人自始至终都是在为被告人不构成玩忽职守罪而展开辩护。由于玩忽职守罪要求主体必须是国家工作人员，因此，辩护人的辩护重点始终是在强调被告人主体不适格，不具有国家工作人员的身份。但是，最终法院却完全抛开辩护人的辩护内容，而作出赵祥忠成立工程重大安全事故罪的认定，由于玩忽职守罪与工程重大安全事故罪在构成要件方面存在较大差异，因此，辩护人的辩护内容并未及于此，在这种情况下，法院实际上是在辩护人并未就新罪名展开辩护的情况下，就作出了有罪认定，这无疑是变相剥夺了被告人的辩护权，破坏了诉讼程序的公正性。因此，将玩忽职守罪改为工程重大安全事故罪，属于由轻罪名改成重罪名的情形。依照笔者观点，法院在认为赵祥忠不构成玩忽职守罪而应为工程重大安全事故罪即轻罪名改重罪名的情况下，采用直接变更方式是欠妥的，而应当建议检察机关变更指控罪名而后下判。

但是从实践角度来看，虹桥案中，导致法院直接变更指控罪名作出有罪判决的根本症结在于最高人民法院《解释》第 176 条第 1 款第 2 项规定的模糊性。规定“应当作出有罪判决”却未明确规定应当以何种方式作出有罪判决，到底是应

---

① 倪泽仁：《论罪名的指控与变更》，载《人民检察》2000 年第 6 期。

② 在日本，如果检察官不服从法官的诉因变更命令时，检察官并不违法，法院只能对检察官所坚持的诉因进行判决，这种情形下，检察官可能承担无罪判决的责任。参见日本法务省刑事局编：《日本检察讲义》，中国检察出版社 1990 年版，第 157 页。

当直接变更作出有罪判决还是应当协商变更作出有罪判决，语焉不详。司法解释的不严谨周密，必然导致司法实践中实务部门难于操作，各行其是。因此虹桥案中，重庆市第一中级人民法院作为法院系统的较低审级法院，按照自己对国家最高审判机关并不明确的司法解释条文的适当理解来对案件作出相应处理的做法，是情有可原的。

该案已经成为历史，赵祥忠的辩护权也无从再行使，但是有关的司法解释模糊依旧，笔者期待立法机关早日对其加以明确，使法院在变更指控罪名时有明法可循，以免更多被告人的利益被忽视却无从申诉，以期更好地维护司法公正。

## 八、污点证人之诉讼豁免

本案的审理过程中一个引人注目之处即为所谓的“污点证人”豁免问题。检察院在指控林世元等人的起诉书上写明：“在 1995 年 8 月至 1997 年 8 月期间，虹桥工程承包人费上利（另案处理）为感谢林世元在建桥过程中的关照和帮助，以及希望在綦江县继续承接工程，先后多次向林世元行贿。”在第二案的起诉书中又称费上利“本无建筑资质”、未取得施工许可即进场施工、发现质量问题还故意掩饰、工程尚未竣工验收就向林世元私下索要工程款。[①] 通过检察机关的描述以及费上利本人的供词，可见费上利在与林世元的交往中（或者说两人的行贿受贿关系中）处于比较主动的地位。费上利及其妻为了送礼可谓挖空心思，贿赂形式多样：皮衣、学费、金钱等，无论从数额、动机、后果诸方面都完全符合行贿罪的构成要件，且本案由于后果特别严重，社会影响极其恶劣，以至于林世元被一审法院判处死刑，但是在第二案的诉讼中检察院却没有对费上利的行贿行为提出指控，法院也无从判决。究其原因，就在于费上利在林世元受贿案件中充当了检察院的污点证人，他的证言成为检方指控林世元的最有力的证据。而检察院为得到指控被告人林世元受贿罪的证据而对行贿人费上利的行贿行为不予起诉。

无独有偶，林世元在被判死刑的情况下，因积极检举揭发他人的犯罪事实，主动充当检察机关的控诉证人而受到法院的从轻判处，由死刑立即执行改为缓期 2 年执行。重庆市第一中级人民法院在审理綦江虹桥垮塌案一审中，对林世元按受贿罪、玩忽职守罪判处死刑，林世元对受贿的事实始终没有加以承认并以判决书认定其“徇私舞弊”不当为由提起上诉。二审仍基本认可原判事实，认为对林

---

① 参见中央电视台庭审直播摄制组编：《綦江虹桥垮塌案审判实录》，法律出版社 1999 年版，第 33 页。

世元应当科处死刑，但是因为他在二审期间检举原中共綦江县委书记张开科受贿经查证属实，构成重大立功，因此依法予以从轻处罚，改判死缓（张开科一案另案处理，庭审时林世元以控方证人的身份出庭作证，被告人张开科被重庆市一中院以受贿罪、玩忽职守罪判处无期徒刑）。

审视林世元、费上利二人的诉讼历程，发现其中一个有趣的现象：充当检察机关的污点证人成为两人命运的转折点，费上利逃脱了行贿罪，林世元更可谓死里逃生，其原因就在于两人和检察机关达成协议，享受了污点证人作证的交易豁免。关注该案的人们不禁要问污点证人是一种什么制度？何以能有如此之功效？一向是铁面无私的法律怎能对犯罪者网开一面？下面笔者将对此问题略陈管见。

**（一）污点证人豁免的概念和性质**

1. 概念辨析

污点证人豁免是中国语境下的注释性译法，没有可以直接对应的英文，相近的英文表述为 witness immunity（证人豁免）、transactional immunity（交易豁免）、immunity grant（豁免授予）、taint（污点）。污点证人是指犯罪活动的参与者为减轻或免除自己的刑事责任，与国家追诉机关合作，作为控方证人，指证其他犯罪人的犯罪事实的人。污点证人豁免的概念可以这样表述，证人本身具有一定的犯罪嫌疑，因与已被指控的嫌疑人的犯罪行为有某种牵连，而与控方达成一项交易，达到回避控方对自己的追诉和指证该犯罪嫌疑人罪行的双重目的，由法官签发豁免令，控方以免予追诉该证人的犯罪行为为条件，换取证人的指认和证明。污点证人的豁免体现了刑事诉讼中以人权保障为主导的价值取向，同时也是为了实现惩罚犯罪职能的一种无奈选择。

污点证人作证的交易豁免在国外和我国香港地区早已存在，它是现代证据规则在实践中的自然衍生，在许多国家和地区的刑事诉讼中都有运用。

2. 外国关于污点证人豁免的立法例

对污点证人豁免规定的较为详细的是美国。美国的证人刑事责任豁免制度是在联邦宪法第 5 修正案的“任何人不得被强迫自证其罪”的原则下通过一系列判例而建立起来的。在马洛伊诉霍根案和墨菲诉临水社区委员会案中，证人刑事责任豁免制度的相关内容得到了确立。在 1972 年的卡斯蒂加诉合众国案中，该项制度的合宪性得到了联邦最高法院的确认。在美国，检察官与共同犯罪的部分被告人进行辩诉交易，以换取被告人的证言是相当普遍的做法。美国《联邦量刑指南》、《联邦量刑改革法》、《联邦刑事责任豁免法》都有授权检察官通过辩诉交易来获取被告人真实的证言的相关规定。1998 年 U. S. A. vs. Singleton 案也确认检

察官通过减轻污点证人的刑罚来换取其证言的行为并不违法。[①] 美国法律规定的污点证人责任豁免有两种形态："证据使用豁免"和"罪行豁免"。

"证据使用豁免"是指取得豁免的证人所提供的证词，不得在以后的任何刑事诉讼中用作对该证人不利的证据。"罪行豁免"是指取得豁免的证人在提供了有关其犯罪行为的证词后，不得再就其证词所涉及的行为进行刑事追诉。这两种豁免的区别在于："证据使用豁免"并没有彻底免除证人的刑事责任，如果控方根据证人证词以外的证据而掌握了该证人此犯罪行为的相关情况，仍然可以对其进行刑事追诉；而"罪行豁免"则完全免除了证人的刑事责任，证人对于作证所涉及的犯罪行为，不再受到任何刑事追诉。值得注意的是，无论是哪一种豁免形态，证人作伪证的，均不能得到豁免。

英国在 1987 年的《刑事审判法》中对沉默权作了限制，规定在严重欺诈案件的调查过程中，接受讯问的犯罪嫌疑人以及可以合理地相信对于正在调查的事项知情的人必须如实回答提问，如果没有合理的理由而拒绝回答提问或者在回答时说谎，或者故意销毁被调查的文件的，即构成独立的犯罪。[②] 而提供证词的犯罪嫌疑人或证人享有"豁免权"，其回答只有在陈述人作虚假陈述或者陈述与受到犯罪指控后所作的证词不一致的两种情形下才用作不利于他的证据。

加拿大、澳大利亚、新西兰等对于特定案件也规定可以使用污点证人。加拿大则将污点证人刑事责任豁免制度上升到宪法的高度。在 1982 年《权利和自由宪章》第 11 条（C）项规定了被控违法的任何人有不被迫自证其罪的权利。并且在第 13 条中具体规定："在任何程序中证人作证，都有权不使自陷法网的证明被用来在任何诉讼中构成该证人的罪状，除非在伪证案中或因作过矛盾"不合的证据。[③] 从豁免形态上来看，加拿大的证人刑事责任豁免相当于美国的"证据使用豁免"。

在我国香港特别行政区，为了打击黑社会势力和其他严重刑事犯罪，也常运用污点证人并使其获得司法豁免。

从上述立法例可以看出，多数国家对于污点证人豁免制度是持肯定态度的，但是具体的出发点和种类有所差异。这种差异主要表现为：①污点证人豁免制度

① 联邦检察官使用污点证人可以在《联邦刑事诉讼规则》第 11 条 e 项中找到依据，该条规定："……被告人对被指控的犯罪，或者轻一点的犯罪或者其他相关犯罪作承认有罪的答辩……检察官应作下列事项：（A）提议撤销其他指控；或（B）建议法庭判处被告人一定刑罚，或者同意不反对被告人请求判处一定的刑罚……或（C）同意对本案判处一定刑罚是适当的处理……"

② 参见孙长永：《侦查程序与人权》，中国方正出版社 2000 年版，第 327 页。

③ 参见程味秋、杨诚、杨宇冠编：《联合国人权公约和刑事司法文献汇编》，中国法制出版社 2000 年版，第 342 页。

建立的原则基础不同。有些国家是在反对自我归罪原则的基础上建立该制度的，即证人有拒绝自证其罪的权利，但国家为了让证人自愿放弃该特权而提供有关的证据从而帮助国家打击和惩治某些重大的犯罪，给予证人相关的豁免，如美国和澳大利亚；有些国家并无反对自我归罪的原则，因此证人即使有自陷其罪的危险也不得拒绝提供相关的证据，但国家为了保障该种情形下证人证词的可靠性和真实性，用豁免的方式鼓励证人提供可靠和关键的证据，如加拿大和印度，英国在特定案件中也是如此。但总体说来，前者的理论基础更加稳固。②在污点证人豁免的种类上，大多数国家采用“证据使用豁免”的方式，而美国则同时采用“证据使用豁免”和“罪行豁免”两种方式。

3. 污点证人豁免制度的基本要件

综合以上污点证人豁免立法模式，可以概括出污点证人豁免制度具有几大要素：

（1）对于污点证人的刑事责任的豁免具有强制性，污点证人自己无主动的选择权。污点证人对于追诉方赋予的刑事责任豁免是不能推托的，而且可得被强制作证；出庭作证在赋予其刑事责任豁免权后即变成强制性义务，若拒绝，将会招致相应的司法惩戒，污点证人享有反对强迫自证其罪的特权已被作证义务所取代。

（2）污点证人豁免之适用，必须以证人主张反对被迫自证其罪的特权为前提条件，这样才能使得追诉方能够获得在特定情况下是否赋予证人豁免进行评估的基础。①

（3）追诉方对污点证人豁免拥有启动权，追诉方应考虑该污点证人提供的证言或者其他信息对于司法利益或公共利益可能是必须的，并且污点证人根据反对被迫自证其罪的特权，已经拒绝或可能拒绝作证或提供信息。

（4）拥有裁判权的司法官对污点证人豁免拥有复审权和批准权，虽然裁判权是消极的、被动的，虽不能发动污点证人的豁免，但有权防止该权力滥用。

## （二）污点证人豁免在我国的现状

我国刑事诉讼法在立法层面上并未规定证人刑事豁免权制度，但在刑事司法实践中存在着证人豁免的司法行为，这实际上是对污点证人不愿意自我归罪权利的尊重和法律规则缺位的无奈默认。②

1. 中国并不存在真正意义上的污点证人豁免

我国法律没有明文规定污点证人制度，但我国《刑法》第 68 条第 1 款规定：“犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦

---

① 参见王进喜：《刑事证人证言论》，中国人民公安大学出版社 2002 年版，第 152 页。

② 参见王进喜：《刑事证人证言论》，中国人民公安大学出版社 2002 年版，第 162 页。

破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”所谓“重大立功”，根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》，是指检举、揭发他人可能被判处无期徒刑以上刑罚的重大犯罪行为的，或者提供了同等严重的犯罪案件侦破线索等行为。在实践中，用污点证人来指证其他被告人的往往以此规定作为依据，例如本案审结后，林世元上诉，二审法院就以林世元在二审期间检举揭发张开科受贿线索构成重大立功为由，对其依法从轻判处死刑缓期二年执行。前一段时间引起社会普遍关注的足球“黑哨”事件中，浙江绿城足球俱乐部董事长宋卫平和原广东吉利足球俱乐部董事长李书福也向媒体表示愿意作为“污点证人”提供相关重要证据。从法条的表述和司法实践来看，对污点证人的处理，仅从量刑上作了酌定的从轻、减轻或者免除的规定，而不是从定罪的角度豁免对该污点证人的罪责。所以，笔者认为我国对污点证人的处理并不是司法豁免，只能算是一项刑事政策，体现了国家对公民积极揭露犯罪、打击犯罪行为的一种鼓励态度。按照前文所述国际上对污点证人豁免制度的一般规定来审查我国的证人豁免的司法行为，就会发现我国的证人豁免实践和“污点证人诉讼豁免”制度相去甚远：

（1）中国没有规定证人的“反对自我归罪”的权利这一污点证人豁免的核心制度。有学者对污点证人豁免制度做了“中国式注解”，认为所谓污点证人作证的交易豁免是指具有犯罪污点的人为国家利益作证可以免受刑事追诉或被给予刑事上的从轻、减轻或者免除处罚待遇的一种刑事司法措施。①

笔者认为该定义值得商榷，主要是其中关于“国家利益”提法偏离了污点证人豁免制度的本意，所谓中国式注解其实只是将我国一项刑事政策冠以“污点证人豁免”之名，其实名不副实。①污点证人作证的目的并不是为了国家利益，而是出于人类趋利避害的本能，为了使自己脱罪才与控方配合指证他人的。②要求污点证人的证言必须有利于国家，否则将得不到司法上的豁免，这种提法主观臆断性太大。是否“有利于”某事物是一种主观上的判断，污点证人的证言是否有利于国家，必须是建立在已经获得的污点证人具体证言的基础上，这一论点的逻辑推理可以表述为：必须先得到污点证人的证言，再由检控方判断该证言是否有利于国家，有利于自己指控犯罪，若有利于指控犯罪则豁免该污点证人，否则按照有罪必究的控诉原则，检控方应该追究该污点证人的罪责，至多算其属于自首、坦白。这一逻辑顺序完全摒弃了污点证人豁免制度的核心——污点证人的

---

① 参见梁玉霞：《论污点证人作证的交易豁免——由綦江虹桥案引发的法律思考》，载《中国刑事法杂志》2000 年第 6 期。

“反对自我归罪”的权利，这种以有利于国家利益为前提的司法豁免是对污点证人豁免制度的曲解，它完全有可能演变成为检控人员对证人的诱供手段。可见这种所谓的“污点证人豁免”已经远离了联合国所认可的刑事司法原则（即“反对强迫自证有罪”原则）和其他各国在污点证人豁免制度上公认的标准，因此笔者认为中国并不存在真正意义上的污点证人豁免。

（2）法律没有赋予检察机关免予对证人起诉的自由裁量权。法定不起诉的情形并不包括对污点证人的豁免，即追诉方对污点证人豁免没有启动权。当前实践中对污点证人的豁免主要是采取酌定不起诉的方式，但是根据有关法律的规定我国刑事诉讼中三种不起诉方式使用的情形并不包括污点证人作证的情况。[①] 笔者认为检察机关用对费上利的行贿行为不起诉为代价换取费上利关于林世元受贿的证词是不恰当的，即使是在上面提到的经常用来勉强阐释污点证人豁免的“重大立功”条款中，也仅规定对有立功表现的犯罪嫌疑人予以从轻、减轻、免除刑罚处罚的对待，没有涵盖不予起诉的情况，因此对费上利的豁免难以找到合法依据，检察机关的自由裁量权有过大之嫌。

（3）法官对所谓“污点证人豁免”没有复审权和批准权，无法防止该权力滥用。由于实质上仅是刑事政策，法条中根本没有程序上的限制，显然更不存在别国对污点证人豁免规定的法院的审查批准权，检察院有可能会滥用该权力，造成司法不公。

2. 当前我国证人豁免的司法行为中需要注意的问题

（1）不能和“重大立功”制度混为一谈。从上述分析可以看出我国证人豁免的司法行为在本质上是一种司法交易。这种司法交易是被我国刑事司法实践所认可的，司法机关与污点证人之间为实现各自司法上的目的而进行的某种司法利益的交换。这种交易的内容是：司法机关通过放弃对污点证人一定的刑罚权而换取发现和指控其他人犯罪的有力证据，国家刑罚权的实现在总量上没有受到削减；污点证人通过对司法机关提供诉讼上的帮助而获得司法上不同程度的豁免，免受刑事追诉或得到从轻、减轻、免除刑罚处罚的对待。这种司法交易在我国《刑

---

① 根据《刑事诉讼法》，人民检察院作出不起诉决定具有以下三种情形：（一）绝对不起诉。根据《刑事诉讼法》第 15 条及其他有关法律规定，只要犯罪嫌疑人具有下列情形之一的，人民检察院就应当作出不起诉决定：（1）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；（2）犯罪已过追诉时效期限的；（3）经特赦令免除刑罚的；（4）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或撤回告诉的；（5）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（6）其他法律规定免予追究刑事责任的。（二）微罪不起诉。《刑事诉讼法》第 142 条第 2 款规定：对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。（三）存疑不起诉。《刑事诉讼法》第 140 条第 4 款规定：对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉决定。

法》、《刑事诉讼法》中难以找到书面依据，判决书中一般援引“重大立功”的相关条款勉强加以解释，然而，二者还是有很大区别的。立功表现仅是我国刑法规定可以或者应当从轻、减轻、免除处罚的量刑依据，而不是无罪的依据，犯罪分子虽有重大立功表现，但不能抹掉罪犯的罪行，立功表现不是无罪的等式。

（2）如何定性目前刑事诉讼中的同案犯罪嫌疑人之间的相互指证。正如本案中费上利所扮演的角色，同案犯罪嫌疑人的互相指证在重大案件的侦察起诉中起到了重要作用，相应的检察机关会给其有一定的“好处”，那么应该如何定性此种行为呢？尽管我国《刑事诉讼法》第43条明确规定“严禁刑讯逼供和威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据”，但没有确立自白任意规则，也没有赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权和证人的拒绝作证权；相反，在该法第93条中规定，犯罪嫌疑人对与案件有关的问题有如实供述的义务。因此，由于污点证人的理论基础“反对强迫自证其罪”的原则在中国尚未完全确立，证人在遭遇可能使自己陷入被追诉的情况下，没有拒绝供述的权利，为了保全自己，他只有两种选择：①用“不知情”来搪塞或者作假证，这属于没有尽到证人如实作证的义务；②如实供述，被迫承认自己的罪责。由于制度上的缺失，证人无论选择哪一条路结果都不利于其自身权益的保护，刑事诉讼的控辩双方处于不对等的地位。

（3）检察机关采取不起诉的豁免方式于法无据。如前所述，我国不存在追诉机关的豁免启动权和法院的豁免批准权，但是在实践中检察机关却可以对为其作证的证人不进行起诉，不经法院审查，长此以往会造成检察权的膨胀，甚至以控代审。

### （三）在我国规定污点证人制度的合理性与必要性

刑事诉讼是以公力救济受侵害者的司法行为，它是一个包罗着各种诉讼法律关系和各种关系之间相互作用的法律运行系统。但刑事诉讼的“关键问题不在于能够追求客观真实，而在于怎样才能发现事实真相”。[①] 只有通过合法、有效的证据，才能达到对案件真实的认识，才谈得上对被侵害的社会关系予以修复。“在法律经济学的眼中，无论是诉讼自身，还是证据，抑或是主宰于其中的广义上的司法主体，本质属性都是一种资源”，而刑事诉讼正是在诉讼规则的体例制约下，调配这些司法资源及其他相关资源，而促使其朝向预定的社会目标——司法公正、司法效益——接近着。证据作为资源的最大证明价值就是为裁判提供事实的依据。[②] 从这个意义上理解污点证人豁免制度，就会发现它是现代刑事诉讼

① 左卫民：《刑事程序问题研究》，中国政法大学出版社1999年版，第3页。

② 参见陈慰星、程春华：《证据法的经济学分析》，载樊崇义主编：《诉讼法学研究》，中国检察出版社2003年版，第251页。

必不可少的一环。

1. 设立证人刑事责任豁免制度，可以实现司法资源的最佳合理配置

刑事诉讼是一项耗费国家巨大经济资源的活动。国家为有效地控制犯罪而进行刑事诉讼活动，必须投入大量的人力、物力、财力。相对于世界各国刑事犯罪率普遍居高不下的情况，司法资源便显得有些捉襟见肘。我国目前人力、物力意义上的司法资源缺乏导致取证技术手段落后，而“无罪推定”精神内核的确立以及合法取证的法律程序制约，林林总总的刑事诉讼程序规则限制，必然会分流和隔离很多本可适用于证明的证据材料，使得在某些特殊案件中污点证人的证言成为极其关键、甚至不可替代的证据来源，若抛开这一证据而另辟蹊径则往往凭现行的侦查技术和侦查手段根本不可能达成目的，或在某些时候虽然可能，但获得的证据效益和司法效益远低于所投入的司法成本和社会公众的伦理忍受底线。这时证人刑事责任豁免制度的价值正在于：对有组织犯罪、毒品犯罪、难于取证的贿赂犯罪等严重犯罪案件，给予部分罪行较轻的犯罪嫌疑人以豁免，对罪行较重的犯罪分子或主犯进行有效的刑事追诉，从而实现国家对重大犯罪的有效控制，无论从恢复被犯罪所侵害的社会秩序还是从获得的社会效果上来说，结果都比国家不放弃任何刑罚权而导致无法对主犯罪行的有效追诉要好得多，因此这种基于司法资源的合理配置而建立起来的作证豁免制度无疑具有理论上的正当性，可以说做到了兼顾效率与公平。

2. 建立和完善我国的污点证人豁免制度，还是我国履行国际义务，彻底贯彻反对被迫自证其罪特权的需要

我国政府于 1998 年 10 月签署了《公民权利和政治权利国际公约》。该公约第 14 条第 3 款明确规定，公民有权不被强迫作不利于他自己的证言或被迫承认犯罪。无疑，该权利适用的主体包括证人。不可否认，反对被迫自证其罪特权尽管符合诉讼的民主性，有利于人权保障。但是，坚持绝对的反对被迫自证其罪特权，则不利于发现案件事实真相。因此，有必要建立相应的配套制度，一方面使反对被迫自证其罪特权在我国能得到实现，另一方面也要将其不利于案件事实真相发现的负面影响降低到最低限度。显然，通过建立和完善我国的污点证人豁免制度，一方面司法机关可以名正言顺地强制要求其作证，另一方面又赋予不因其作证而陷入自证其罪的不利境地的权利，无疑是一种甚为理想的制度选择。

3. 建立证人刑事责任豁免制度有利于维护程序正义

证人刑事责任豁免制度的建立完善可以减少司法实践中违法取证情况的发生，完善现代证据制度。作为一种取证手段，证人刑事责任豁免制度可以在一定程度上保证司法机关对一些难以取证的案件获得追诉和定罪的关键证据。而这种

通过给予部分犯罪嫌疑人一定的利益或好处让其自愿提供证据的方法，与通过刑讯获取证据的方法相比，无疑更为人道和文明，这对于中国这样一个长期有着刑讯合法化的国家来说，具有更为重要的意义。

另外，证人豁免制度的确立将改变现行刑诉法中的对证人的权利保障重视不够、保护措施不到位、证人拒绝作证的义务不明、违反作证义务的法律责任不具体、缺乏对证人的亲情、职业道德的应有尊重等问题，改善现存证人不愿作证或不愿出庭作证的现状，完善现代证据制度，这对于承担举证责任的检察机关来讲无疑是一大福音。

总之，污点证人豁免制度的建立，有着重要的现实意义：可以降低诉讼成本，有效提高诉讼效率。因此，有必要在对国外相关经验和制度借鉴的基础上，结合我国的司法实践，构建有中国特色的污点证人豁免制度。

**（四）完善污点证人制度的立法建议**

目前，就我国应该采用什么样的豁免制度，学界有两种观点：一种观点从打击犯罪的角度出发，主张多采用证据使用豁免，少用罪行豁免。另一种观点主张建立完全的罪行豁免。笔者主张，建立以证据使用豁免为主、罪行豁免为辅的被动作证的污点证人豁免制度。即一般情况下采用证据使用豁免，但是，对那些根据刑法规定不需要判处刑罚或免除处罚的证人，则应采用罪行豁免。这样，既有利于打击犯罪，减少作证豁免带来的负面影响，也便于与我国刑法的有关规定相协调。通过对采用证人刑事责任豁免制度的国家立法的考察，并对这种制度的功能和价值的论证，笔者认为，我国应当建立证人刑事责任豁免制度。具体来说，应从以下几个方面构建我国的证人刑事责任豁免制度：

1. 在我国立法上明确规定反对强迫自我归罪的原则

证人刑事责任豁免制度应当以反对强迫自我归罪的原则或沉默权制度为基础。[①] 在该原则或制度之下，让具有犯罪嫌疑的证人对自己涉嫌的罪行提供证言，从而获得司法机关的豁免，这样司法机关取得主犯罪行的关键证据才是正当的。而如果具有犯罪嫌疑的证人没有对可能自陷有罪的问题拒绝作证的权利，即证人面对追诉机关的提问时，必须作出回答，那么国家其实是无需建立这项制度

---

① 在我国，理论界绝大多数学者都主张建立沉默权。但是，必须看到这种基于良好的价值选择而建立起来的制度可能面临一系列技术难题，最明显的是可能会导致犯罪侦破率的降低和诉讼的拖延。而由沉默权导致的这种消极作用在一些重大的共同犯罪中表现尤为突出。因此在确立沉默权的同时，应考虑到具体规则的设计。也即不仅要考虑是否建立沉默权制度的问题，而且要设置一种相应的沉默权制度来应对中国的刑事司法需要。而证人刑事责任豁免制度的价值正在于：对有组织犯罪、毒品犯罪、难于取证的贿赂犯罪等严重犯罪案件，给予部分罪行较轻的犯罪嫌疑人以豁免，使其放弃沉默权而提供某些关键的证据。

的。因此，在立法上规定反对强迫自我归罪的原则，有助于该项制度在理论上的科学性和逻辑上的严密性。

2. 规定证人刑事责任豁免制度的种类为“证据使用豁免”

证人刑事责任豁免制度同其他刑事诉讼制度一样，一旦使用不当或者滥用，将会放纵犯罪，使国家刑罚权的权威受到削弱。因此，笔者认为，在我国采用完全的罪行豁免，将会使得证人刑事责任豁免制度的交易性质表现得过于明显，并且在一定程度上鼓励了犯罪。采用证据使用豁免，检察机关仍然可以通过其他途径收集到该证人犯罪的证据，从而保证打击犯罪的力度。

3. 规定证人刑事责任豁免制度的适用范围

从以上的论述我们可以看出，证人刑事责任豁免制度是国家以牺牲对部分轻微犯罪的追诉的代价而获得重大犯罪的关键证据的一种制度。污点证人使用不当，可能会妨碍社会正义的实现，轻纵犯罪，也可能会冤枉无辜或者侵害被定罪被告人的公平审判权。因此，有必要对证人刑事责任豁免制度的适用范围作出一定的限制条件，这包括：①只限于有组织犯罪（如恐怖活动组织犯罪、黑社会性质组织犯罪、邪教组织犯罪、毒品集团犯罪、走私集团犯罪等）和难以取证的贿赂犯罪等重大的犯罪；②被豁免的证人原先的罪行必须是轻微的；③证人没有作伪证。

4. 将证人刑事责任豁免的决定权赋予人民法院。证人刑事责任豁免制度是国家出于打击重大犯罪的目的而建立的，如果将证人刑事责任豁免的决定权赋予检察机关，则检察机关可能出于职业利益和社会效应的考虑，将一部分不适用该制度的犯罪嫌疑人以豁免，因此必须有一个中立的机构来进行审查和制约。而比较了各国关于证人刑事责任豁免制度的立法后，我们也可以看出：很多国家只赋予检察机关对于证人刑事责任豁免的建议权，而法院具有最终的决定权。[①] 就我国而言，法院经过审查后，认为确有必要的，予以批准，并授予该证人提供该证据的证明书。证明书的效力是阻止追诉机关在以后的刑事程序中运用被授予证明书的证人所提供的该证据来反对该人。如果法院认为对该证人的豁免超出了证人

---

① 在一些国家虽然豁免条款通常需要依法院开出的豁免令为前提，但是法官在其中扮演的角色往往是为了满足程序上的要求，控方拥有相当大的自由裁量权。在这一条款下，法官可以不同意检察官的判断，但是该豁免是基于公共利益，法官不得拒绝签发豁免令。美国辩护律师手册指出：合适的司法部官员，在做出那样的判断时，考虑了包括以下的广泛的因素。（参见：http：//www. usdoj. gov/Secion 6003 (b) of Title 18，United States Codes）（1）调查的重要性；（2）一个人宣誓证言的价值；（3）有可能发生的必须立即指控的需要，如果没有人和查证的线索，有那么一位完全顺从控方的证人，其证言有着很高的可信度；（4）一个人的相关的行为可罚性（涉嫌刑事犯罪的可能性）；（5）如果通过交易豁免所获得的非强制证言，对于成功指控的可行性；（6）如果强迫作证，接下来附属的一些反面的可能性。

刑事责任豁免制度的适用范围，则不予批准。

## 九、结语

“虹桥”一案折射出司法实践中存在的诸多问题，由于学识浅陋对正文中所探讨问题的分析有很多不到位之处，但笔者深切体会到完备的立法和健全的程序对实现司法正义的重要性。

现实情况的复杂多变永远超出立法者的想象，所以法律对一些概念性问题的规定应具有一定的弹性，可以在一定范围内与时俱进地加以解释，适应变化了的客观情况。本文所讨论的渎职罪主体问题和贿赂的范围问题就是在这一点上有所欠缺，应通过完善立法来弥补。通过比较各派学说及借鉴各国立法经验，笔者认为宜重新界定渎职罪主体为“公职人员”，贿赂的外延也应包括物质性利益。

程序正义是实现实体正义的前提与保障，本文就该案一审过程中出现的种种争议问题展开研究，主要是介绍分析了法院的变更罪名权和污点证人诉讼豁免制度在我国的现状。笔者认为，我国应借鉴德日刑法中的相关规定，明确规定法院的变更罪名权，并加以程序上的限制。最后斗胆提出对法院变更指控罪名的运作程序设计，但这一问题考虑得很不成熟，有待进一步学习思考。对于污点证人诉讼豁免，认为我国在立法层面上并未规定证人刑事豁免权制度，但在刑事司法实践中存在着证人豁免的司法行为，这一矛盾很可能造成人权保障缺位、检察权滥用等不良后果。因此笔者认为，我国有必要明确规定污点证人制度，并试提出完善污点证人制度的立法建议。

（撰稿人　邹楠*）

* 中国方正出版社编辑，法学硕士。

# 附录：

## 重庆市第一中级人民法院刑事判决书

（1999）渝一中刑初字第99号

公诉机关：重庆市人民检察院第一分院。

被告人林世元，男，37岁（1961年6月2日出生），汉族，重庆市綦江县人，大学文化，中国共产党綦江县委员会副书记，住重庆市綦江县古南镇石佛岗109—18号。1999年1月12日因本案被刑事拘留，同月23被逮捕，现押于重庆市看守所。

辩护人朱红刚、徐涛，重庆市兴全律师事务所律师。

被告人张基碧，男，49岁（1949年5月15日出生），汉族，重庆市綦江县人，大专文化，重庆市綦江县城乡建设管理委员会主任，住重庆市綦江县古南镇石佛岗118—52号。1999年1月15日因本案被刑事拘留，同月23日被逮捕，现押于重庆市渝北区看守所。

辩护人李华楠，重庆市金码律师事务所律师。

被告人孙立，男，33岁（1963年6月26日出生），汉族，重庆市綦江县人，大专文化，重庆市綦江县城乡建设管理委员会主任，住重庆市綦江县古南镇孟家院57—7号。1999年1月16日因本案被刑事拘留，同月27日被逮捕，现押于重庆市渝北区看守所。

辩护人赵长青、伍继军，重庆市金明律师事务所律师。

被告人赵祥忠，男，55岁（1943年9月29日出生），汉族，湖北省松滋县人，大学文化，重庆市市政工程质量监督站站长，住重庆市渝中区枣子岚垭2巷1号4单元10—3号。1999年1月21日因本案被取保候审，同年3月12日被逮捕，现押于重庆市看守所。

辩护人文莉，重庆市中柱律师事务所律师。

辩护人何泽宏，重庆市学苑律师事务所律师。

被告人贺际慎，女，55岁（1943年11月11日出生），汉族，重庆市荣昌县人，大学文化，重庆市綦江县人大常委会副主任，住重庆市綦江县古南镇新村

路。1999 年 2 月 5 日因本案被取保候审，同年 3 月 12 日被捕，现押于重庆看守所。

辩护人李盛祥、刘开文，重庆市红岩律师事务所律师。

重庆市人民检察院第一分院于 1999 年 2 月 14 日和同年 2 月 28 日以被告人林世元犯受贿罪、玩忽职守罪，被告人张基碧、孙立、赵祥忠、贺际慎犯玩忽职守罪，向本院提起公诉。本院受理后，经审查认为符合《中华人民共和国刑事诉讼法》第 150 条规定的开庭条件，依法组成合议庭，于 1999 年 3 月 26 日至 27 日、4 月 3 日公开开庭审理了本案。重庆市检察院第一分院代理检察员陈胜才、戴小冬、顾政出庭支持公诉；被告人林世元及其辩护人朱红刚、徐涛；被告人张基碧及其辩护人李华楠；被告人孙立及其辩护人赵长青、伍继军；被告人赵祥忠及其辩护人文莉、何泽宏；被告人贺际慎及其辩护人李盛祥、刘开文；证人张开科、杨南坤、费上利、段浩、陈永刚、赵晓国、王宇平、何伯超、李玉、徐兰明，鉴定人程华、卢铁鹰、林文修、杨渡军、杨共树、刘孝辉、王永夫、蒋中贵等人到庭参加了诉讼。本案经合议庭合议后，决定提请院长提交审判委员会进行了讨论并作出决定，现已审理终结。

重庆市人民检察院第一分院以重检一分院刑诉［1997］79 号起诉书和重检一分院刑诉补［1999］1 号补充起诉书指控：被告人林世元在 1995 年 8 月至 1997 年 8 月担任綦江县城建委主任、县城重点工程建设指挥部常务副指挥兼下设重点工程建设办公室主任和副县长期间，利用具体负责组织实施修建綦江人行虹桥（以下简称虹桥）的职务之便，先后多次收受虹桥工程承包人费上利的贿赂财物计人民币 135 165.09 元。林世元作为虹桥工程的主要负责人，没有按照国家规定对项目进行立项、可行性论证，没有办理项目报建手续和进行招标、没有对设计施工单位资质进行审查，便把虹桥工程发包给不具资质的单位总承包，以致虹桥工程又交由私人设计和私人挂靠承包施工；虹桥工程开工后不久，又调走虹桥施工现场的甲方代表、放弃监督；虹桥尚未完工即违法指派张基碧、孙立等人接受并交付使用；虹桥使用中发生巨大异响后，仍轻率表态可以继续使用，事后对技术人员提出对虹桥尽快进行荷载试验和全面检查验收不重视，至虹桥垮塌亦未进行落实，以致造成虹桥垮塌的特大人员伤亡事故，使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。被告人张基碧在担任綦江县城建委副主任、主任期间，明知虹桥工程未办理有关城建手续，不履行应尽职责，致使该工程非法施工建设；在虹桥工程后期建设中采取消极态度，放弃监督管理职责，并受林世元的指派，在明知虹桥系未完工程，且未经有关部门验收合格的情况下，违法将虹桥投入使用；虹桥在使用中发生异响后，对自己参加的技术分析会上有关技术人员建议城

建委尽快对虹桥进行荷载试验和全面检查验收工作，不督办，不过问，放弃职责。在綦江县政府转批县城建委《关于开展建筑市场整顿的请示》中明确张基碧兼任整顿领导小组办公室主任期间，不按该文要求对虹桥这一违法工程提出查处意见，以致造成虹桥垮塌的特大人员伤亡事故，使公共财产、国家和人民的利益遭到重大损失。

被告人孙立身为綦江县城建委主任助理，协助主任负责重点工程建设管理工作，明知虹桥工程施工现场无甲方人员监督，却采取不管不问的态度，也不向上级反映，放弃监督管理职责；明知虹桥尚未完工，仍参加违法接收并交付使用；并按林世元的旨意违法对虹桥工程进行结算；当虹桥在使用中发生异响后，未按林世元的指派的荷载试验进行落实，亦未采取其他措施，以致造成虹桥垮塌的特大人员伤亡事故，使公共财产、国家和人民的利益遭到重大损失。

被告人赵祥忠身为重庆市市政工程质量监督站站长，对綦江县城建委就虹桥工程提出的质量监督申请，不按国家的规定核查各方资质等级，在无任何设计、勘查施工单位资质的情况下签发了质量监督申请书，致不具备设计、施工资质的单位承建了虹桥工程；对虹桥的主拱钢管构件生产单位的资质、资料不审查，即同意加工，致使该构件加工不合格；主拱钢管加工后送到现场，在既无合格证，又无检测报告，又未复检时，不依法制止不合格的主拱钢管进入虹桥主体，违法进行拼装合拢，以致造成虹桥垮塌的特大人员伤亡事故，使公共财产、国家和人民的利益遭到重大损失。

被告人贺际慎，在担任綦江县政府副县长、分管城建委工作和任县城重点建设工程指挥部指挥长期间，对其分管的工作疏于过问，对虹桥的立项、设计、施工单位资质审查等环节严重失察，放弃管理职责，对虹桥尚未完工即违法投入使用不予纠正；在虹桥使用中发生异响后，未作专门技术检查及轻率表态可以继续使用，直接导致该桥继续违法使用，也未采取有效措施查找原因和排除险情，以致造成虹桥垮塌的特大人员伤亡事故，使公共财产、国家和人民的利益遭到重大损失。

据此，公诉机关指控林世元的行为犯有受贿罪和玩忽职守罪，被告人张基碧、孙立、赵祥忠、贺际慎的行为均有玩忽职守罪，要求依法从重判处。

被告人林世元及其辩护人对指控林世元犯玩忽职守罪的基本事实和罪名无异议。但是提出虹桥施工中虽然抽走了一名甲方现场代表，还留有另一名现场代表进行监督；林世元在虹桥发生异响后“可以继续使用”的表态是在特定条件下的临时性表态。林世元及其辩护人对指控林世元犯有受贿罪的事实予以全部否认，提出费上利为林世元之女儿入学、两次赴美国夏令营、转学所交费用属代为垫付

的民事代理行为，事后已归还了 8.47 万元，且有收据和费上利出具的收条为证，另外 3.2 万元虽未归还是因转学费具体数额未最终确定，亦属民事债权债务性质；对李玉收下费上利出钱叫徐兰明购买的裘皮大衣事先不知道，事后明确反对并要求李玉退还，后李玉已退还给徐兰明。故提出指控林世元犯有受贿罪的事实不清楚，证据不足，不构成受贿罪的辩解和辩护意见。

被告人张基碧及其辩护人对指控张基碧犯有玩忽职守罪的事实和罪名无异议，但提出张基碧的虹桥工程的违法建设、违法接收并违法交付使用中仅负有一定的次要的管理责任，且提出张基碧的认罪态度好，请求从轻判处的辩解和辩护意见。

被告人孙立提出自己是受领导安排参与虹桥工程的违法结算、违法接收和交付使用，联系虹桥荷载试验只是受林世元的临时安排，并不是安排负责此项工作的辩解。孙立的辩护人提出参与虹桥工程的违法接收并交付使用和结算等工作是受领导安排办事，没有正确履行也不属追究刑事责任的范畴；对临时安排的荷载试验没有落实仅对此负次要的责任，请求从轻判处的辩护意见。

被告人赵祥忠及其辩护人提出赵祥忠履行了质量监督站站长的职责，赵祥忠不是国家机关工作人员，不具备玩忽职守罪的主体资格，因而不构成玩忽职守罪的辩解和辩护意见。

被告人贺际慎及其辩护人提出贺际慎未被安排负责虹桥工程项目的管理工作，贺在虹桥异响后“可以继续使用”的表态是特定环境下的临时性表态，起诉指控的主要事实不成立，其行为不构成犯罪的辩解和辩护意见。

经审理查明：

1994 年 8 月，綦江县政府决定在綦河上架设一座人行桥，由綦江县城乡建设管理委员会（以下简称县城建委）负责组织实施。时任县城建委主任的被告人林世元便邀请重庆市市政勘察设计研究院的段浩（另案处理）设计方案。段又找到本单位的退休工程师赵国勋（另案处理）等人设计出两套方案。经县城建委研究选定其中之一即中承式钢管混凝土提篮式人行拱桥方案，拟定桥名为綦江人行虹桥（俗称彩虹桥，下称虹桥）。按设计方案，该桥总长 140 米，主跨长度 120 米，桥面总宽 6 米，净宽 5.5 米，拱高 24 米。同年 9 月，县政府为加强县城重点建设工程统筹协调工作，决定成立了县城重点工程指挥部，下设重点建设工程办公室（下称“重点办”），由时任副县长（分管城建委工作）的被告人贺际慎任指挥长，被告人林世元任常务副指挥长兼“重点办”主任。虹桥工程被列为县重点工程，属指挥部和“重点办”管理。

在虹桥建设初期，被告人林世元作为虹桥工程项目的业主即县城建委的法定

代表人、该工程的具体负责人，故意违反国家有关建设法规，对虹桥工程建设项目不进行立项、不办理项目报建手续，不审查、选择总承包及设计、施工单位的资质，于同年10月初，不进行招投标即与不具备承包虹桥资质的重庆市华庆设计工程公司（下称华庆公司）签订了设计、施工总承诺合同书（华庆公司的资质等级为乙级，按照国家有关规定，乙级只能设计单孔跨径≤40米的桥梁）。该总承包合同约定：该工程总造价为人民币250万元；工期：勘察、设计日期30天，工程开工日期1994年11月5日，竣工日期1995年6月30日。同年10月8日，林世元代表县城建委，段浩代表华庆公司富华分公司（该分公司系段浩以其姨姐徐×的名义申办、由段运作的名为集体性质的公司）再次签订了与前述合同内容相同的虹桥工程总承包合同书。随后，段浩找到本单位的刘×等人进行勘察测量，又将该工程交由赵国勋等人私人设计。之后，段浩又以华庆公司的名义与李孟泽、费上利挂靠私人联系的无道桥施工资质且无独立法人资格的重庆市桥梁总公司川东南经理部达成承包虹桥工程施工的口头协议。1995年12月底，段浩才以华庆公司的名义与李孟泽、费上利私人挂靠的川东南经理部补签了虹桥工程施工分包合同书，并将签订合同书的时间提前到同年3月27日。

1994年11月，由李孟泽负责施工技术，费上利组织不具备施工员资质和技工资质的施工队伍进场施工作业。虹桥工程开工后，被告人林世元曾安排“重点办”工作人员赵晓国作为甲方代表到施工现场进行监督。

1995年3月，林世元将赵晓国调离虹桥工地，亦未安排其他人在虹桥施工现场负责进行质量等监督，放弃了甲方对虹桥工程施工建设中进行现场监督的职责，以致虹桥工程在施工中存在的质量问题得不到及时有效的监督纠正。

被告人贺际慎时任綦江县副县长、分管城建委工作并兼任县城重点建设指挥部指挥长，不认真履行职责，对城建委的县城重点工程即虹桥工程未立项、未办理报建手续和未对虹桥工程的设计、施工单位的资质进行审查和选择，未进行招投标即通过设计和施工单位进场施工等违规建设问题，不管不问，严重失查，放弃管理监督的应尽职责。

被告人张基碧时任县城建委副主任，分管建管工作，不认真履行职责，对县城建委组织实施的虹桥工程存在的上述违规建设问题，采取消极的作为方式，不管不问，放弃管理监督的应尽职责。

被告人孙立于1995年7月任县城建委的主任助理，协助主任负责重点工程的管理工作期间，明知虹桥工程施工现场没有甲方代表负责监督，采取不管不问态度，放弃管理监督职责，以致虹桥工程的施工质量问题得不到及时发现和有效纠正。

1996年2月，已任綦江县副县长（分管城建委工作、负责县城重点工程）的被告人林世元，明知虹桥工程尚未完工，未进行竣工验收的情况下，不正确履行职责，故意违反国家有关建设法规，指派被告人张基碧（时任县城建委副主任并主持全面工作）、孙立等人与施工单位费上利办理虹桥接收和交付使用的移交工作。同年2月15日，被告人张基碧、孙立受林世元指派，故意违规，以城建委名义，与费上利以施工单位的名义办理了虹桥的接收等手续，并指定綦江县市政绿化管理所副所长陈永刚签名接收，随即投入使用。同年3月，被告人林世元在明知施工方未向城建委提出虹桥工程竣工报告，更未获得验收、批准的情况下，便与费上利私下协商虹桥增建项目的造价后，故意违规授意孙立代表县城建委对虹桥工程与费上利进行结算，并照顾费承包县内其他建设工程。被告人孙立故意违规主持了结算，签订了增加工程结算协议。该协议约定：（1）增加虹桥工程款118万元；（2）逐步、分期将綦江县的市政项目和其他工程优先发包给费上利。被告人贺际慎时任县城重点建设工程指挥部指挥长，明知虹桥系违规接收并违规使用及违规结算，亦放弃管理监督职责，不管不问，不予监督纠正。

1996年6月19日上午11时许，数百人聚集在虹桥上观看龙舟赛，虹桥突然发生异响。中共綦江县委、县政府主要领导召集林世元、贺际慎等人到虹桥现场查看，研究虹桥可否继续使用问题。被告人林世元、贺际慎二人在未经有关技术人员对虹桥作专门性技术检查、分析，且明知虹桥尚未进行质量等级评定和验收，系违规接收并违规交付使用的情况下，均表态虹桥可以继续使用，对虹桥违规使用中暴露出的严重质量安全问题，亦未能及时发现和有效地查究，以致虹桥继续违法、带病带伤、危险使用。

1996年6月25日，被告人林世元召集被告人张基碧、设计方赵国勋、施工方李孟泽等人就虹桥发生异响问题进行分析。在会上，赵、李二人均认为响声系应力重新调整引起，属正常现象，但建议尽快对虹桥进行荷载试验和全面检查、验收工作。事后，林世元虽安排了被告人孙立负责联系对虹桥进行荷载试验，而孙立联系未果后，仅向林世元作了简单回话，以后一直未将此项工作落实，亦未采取其他有效措施。被告人林世元在得知孙立负责联系荷载试验未果后，仍不坚持和督促落实此项工作，亦未安排、布置或督促对虹桥进行检查、验收和采取其他有效措施。被告人张基碧身为主持城建委全面工作的副主任，对荷载试验和检查、验收工作不管不问、不督办、放弃职责。被告人贺际慎也放弃管理监督职责，不要求或监督有关人员采取有效措施来查找原因和排除险情。

1996年8月15日，綦江县政府批准城建委《关于开展建筑市场整顿的请示》的文件中明确要求：对全县所有在建设工程和1995年1月以来的竣工工程是否

报建、招投标、有无质量监督和竣工验收、是否按建设项目审批程序办事进行查处。该文件并明确此项工作由林世元任整顿领导小组组长、张基碧任整顿领导小组下设办公室主任。被告人林世元又系分管城建委工作的副县长、被告人张基碧又系城建委主要负责人，对明知虹桥这个违规建设、违规接收并违规投入使用和违规结算，且在使用中曾发生异响，本属重点查处的工程，仍不提出任何整顿查处意见，最终放弃了对虹桥工程的管理、监督，错失排除虹桥工程质量安全隐患的良机，从而对虹桥的违法、危险、带病带伤的恶化使用失去了监督和控制。被告人林世元、张基碧、孙立、贺际慎的上述行为，违反了建设部（1991）建法字第 798 号《建设市场管理规定》、建设部（92）城建便字第 4 号《市政公用行业工程设计资格分级标准》、建设部（1992）第 15 号令《建设工程施工现场管理规定》、建设部（1993）建设部令第 29 号《建设工程质量管理办法》，违反国家工商行政管理局、建设部文件工商同字（1991）第 83 号《关于发布建设工程施工合同示范文本的通知》等有关规定以及重庆市城建委、綦江县城建委的相关规定，以致虹桥工程违规建设、违规发包设计、施工和违规接收并违规交付使用及违规结算，最终虹桥工程因施工及设计质量低劣而发生垮塌的重大安全事故。1994 年 11 月 5 日，綦江县城建委向重庆市市政工程质量监督站（以下简称监督站）就虹桥工程提出质量监督申请书，并支付监督费 6 250 元，被告人赵祥忠身为依法对建筑工程质量进行监督管理的监督站站长（对监督站的工作全面负责），不认真履行对虹桥工程质量的监督管理，确保质量安全标准，在申请方未提交勘察设计资料等有关文本的情况下，于 1994 年 12 月 15 日极不负责任地签发了虹桥工程质量监督申请书。受监后，被告人赵祥忠明知派出的本站监督员未对受监的虹桥工程的勘察、设计和施工单位的资质等级及营业范围进行核查、监督，放弃对监督员进行管理和严格职责要求，故意违反建设部（1990）《建设工程质量监督管理规定》中有关对受监的建设工程质量监督管理的职责，致使不具备资质的设计、施工单位继续承建虹桥工程。1995 年 4 月，被告人赵祥忠同监督员到原重庆通用机器厂，依职权查验虹桥工程主拱钢管加工情况时，明知系该厂的一个车间在承揽加工生产虹桥的主拱钢管，且不能出具产品合格证、超声检测报告，没有焊缝探伤条件等情况下，放任降低加工虹桥主拱钢管的质量标准，同意该车间加工虹桥关键部位的主拱钢管构件。同年 5 月，主拱钢管加工完毕后，赵祥忠未督促本站监督员进行质量检验。主拱钢管运到虹桥施工现场后，赵祥忠明知既无合格证又无检测报告，现场又未进行复查，不依照职权制止不符合虹桥工程质量标准的主拱钢管进入施工实体。虹桥主拱钢管在进行预拼装过程中，赵祥忠到虹桥现场，亦不坚持质量标准，不提出任何异议，放任焊接质量不符合安全

标准的主拱钢管构件装入虹桥主体，降低了虹桥工程的质量安全标准，为造成虹桥垮塌的重大安全事故目下了严重的质量隐患。后经鉴定："主拱钢管焊接接头质量低劣，是导致虹桥整体破坏的直接原因"。

1994年底，被告人林世元认识了虹桥工程施工承包人费上利（另案处理）后，应费上利的要求，授意"重点办"工作人员李华荣等人将虹桥工程款直接划给费上利开设的银行账户上，工程结算直接与费上利进行，不通过总承包方华庆公司富华分公司。费上利为感谢林世元在建虹桥过程中划款、结算等方面的关照，并希望在虹桥工程中继续得到关照及在綦江县承接其他工程，于1995年8月至1997年8月先后多次向林世元行贿。具体事实如下：

1995年8月，被告人林世元欲将其女儿林×送进一所条件好的小学读书，费上利知道后即向林世元推荐其女儿入读的重庆市华桦实验学校（下称华桦学校），并向林世元承诺什么都不用管，由其妻徐兰明负责去办理好。林世元默许。徐兰明随后用费上利给出的现金为林×交纳了入学赞助费人民币25 000元并办理了入学手续。同年9月，林世元送其女儿到华桦学校读书。

1996年5月，宋庆龄基金会重庆分会组织市内中小学生赴美国夏令营活动。费上利叫其妻徐兰明给林世元的女儿报名，并告诉了林世元夫妻愿为其女儿支付有关活动费用。被告人林世元夫妻同意其女儿参加该项活动。徐兰明于同年5月到宋庆龄基金会重庆分会对外联络部为林世元的女儿办理了全部手续并用费上利给出的现金为林世元女儿交纳了办证费、赴美活动费人民币31 200元。林世元让其女儿于同年7月赴美参加夏令营。

1997年5月，宋庆龄基金会重庆分会再次组织学生赴美国夏令营活动。徐兰明又为林世元的女儿报了名并明确告知林世元夫妻愿意支付其女儿参加该夏令营的所有费用。被告人林世元同意其女儿参加。费上利叫徐兰明于同年5月至6月先后到宋庆龄基金会重庆分会对外联络部为林世元的女儿办理了全部手续并交纳了办证费、境外活动费等计人民币24 315.09元。林世元的女儿从美国返渝后，主办单位退给徐兰明人民币840元，林世元的女儿实际花费了人民币23 475.09元。

1997年8月，被告人林世元向费上利夫妻谈起想让其女儿转入更好的学校读书，徐兰明即向林世元提出将其女儿转学到重庆市巴蜀小学，并叫林世元什么都不用管，开学时，直接送其女儿到巴蜀小学读书。林世元同意后费上利给出现金，让徐兰明为林世元的女儿办理了转学手续，并为其交纳了助学费人民币32 000元。

1996年1月，费上利在新疆的四伯去世，徐兰明要去新疆办理丧事。费上利夫妻邀约林世元之妻李玉共同前往，李玉应允。1996年1月10日费上利给出

现金，并叫徐兰明约李玉同在重庆百货大楼为李玉购买了一件价值 23 490 元的“凯撒”牌女式裘皮大衣。李玉将该裘皮大衣拿回家后将此事告诉了林世元。林世元认为李玉穿这件裘皮大衣不符合其身份，不赞成李玉穿这件大衣。李玉从新疆返渝后，没有穿过这件大衣。此后李玉曾要求徐兰明把大衣拿回去，但被徐兰明婉言拒绝。

费上利为林世元的女儿支付了入学、出国夏令营、转学费用后，已将收据、发票先后交给林世元。1998 年 7 月左右，林世元为了掩盖事实真相，向费上利索要收条。费上利在同一时间用不同的纸写了落款时间不同的四张收条交给林世元。

1999 年 1 月 4 日 18 时 50 分许，綦江人行虹桥因严重质量问题突然整体垮塌，坠入綦河，造成死亡 40 人，伤 14 人，直接经济损失达 628 万余元。

案发后，从林世元家提取其女儿入读华桦学校的助学费收据一张、第二次赴美夏令营活动费用的收据 3 张、裘皮大衣购货单、发票及费上利亲笔书写的 4 张收条。

上述事实有大量的书证、证人证言、技术鉴定意见、现场勘察笔录、图片、五被告人的供述为证，并经庭审质证属实。本案事实清楚。证据确凿充分，足以认定。

本院认为：

公诉机关指控被告人林世元犯有玩忽职守罪和受贿罪的基本事实和罪名成立。被告人林世元身为国家机关工作人员，并作为虹桥工程项目的业主即城建委的法定代表人、县城重点建设工程指挥部常务副指挥长兼下设重点办主任、虹桥工程的具体负责人，故意违反国家规定，在虹桥的建设初期，不监督和组织人员对虹桥建设项目进行立项，办理报建手续、审查和选择设计、施工单位的资质，进行招投标和办理施工许可证；在虹桥的施工中放弃甲方对施工现场进行质量等方面的监督，以致施工质量低劣；在明知虹桥尚未完工，未进行竣工验收的情况下，违规指派被告人张基碧、孙立等人办理虹桥接收、交付使用手续，并违规授意孙立与施工承包人费上利进行了结算；当虹桥在违规使用中发生异响后，便轻率表态可以继续使用。并对有关技术人员提出尽快对虹桥进行荷载试验和全面检查、验收的建议不予重视，不督促有关人员将此项工作落实，以致虹桥在使用中反映出的严重质量安全隐患未得到及时发现和有效的解决。在綦江县开展的建筑市场整顿工作中，林世元作为建筑市场整顿领导小组组长，对虹桥这个违规建设、违规接收并投入使用，且在使用中发生险情的工程，不提出任何整顿查究意见，最终放弃了依法对虹桥的有效管理、监督。被告人林世元故意违反国家有关建设法规，不履行或者不正确履行自己的职责，以致造成虹桥工程终因施工及设计的质量低劣而垮塌的重大安全事故，致使公共财产、国家和人民利益遭受特别

重大的损失，负有重要的直接责任和主要的管理责任，且系出于私情私利，并有放任私人挂靠承包虹桥施工、设计的舞弊行为，又系犯罪情节特别严重。被告人林世元的上述行为，触犯了《中华人民共和国刑法》第 397 条第 1、2 款之规定，已构成玩忽职守罪，应从重处罚。林世元及其辩护人提出在虹桥施工中虽调走了一名甲方现场代表，但留有另一名甲方代表负责进行现场监督；在虹桥发生异响所作的“可以继续使用”的表态是特定条件下的临时性表态的辩解和辩护意见与查明的客观事实不符，不予采纳。被告人林世元利用其担任县城建委主任、县城重点建设工程指挥部常务副指挥长兼下设办公室主任和副县长等职务上的便利，为费上利在虹桥工程中的划款、结算、增加工程款等方面提供方便，并帮助费上利在綦江县承接了其他工程，谋取利益，从中收受费上利为其女儿入学、两次赴美国夏令营、转学支付的贿赂人民币 111 675.09 元。关于公诉机关指控被告人林世元受贿价值 23 490 元的裘皮大衣的事实，经审理，控、辩双方的现有证据反映出：被告人林世元对其妻李玉收受费上利出资购买的裘皮大衣事前不知情，事后未明确认可；李玉也有归还裘皮大衣的想法和行为，仅因遭到行贿方的婉言拒绝而未果。因此，指控被告人林世元主观上与李玉共同收受该裘皮大衣是否具有明确的故意和客观上是否认可李玉收受该裘皮大衣占为己有的证据不足，故对这一事实不以受贿论处。被告人林世元及其辩护人提出指控林世元受贿价值 23 490元的裘皮大衣的证据不足，不应以受贿论处的辩解，辩护意见成立，予以采纳。被告人林世元及其辩护人提出关于费上利为林世元的女儿入学、两次赴美夏令营活动、转学所支付的人民币 111 675.09 元属代为垫付的民事代理行为，除其中未归还的 32 000 元外，其他 79 675.09 元已归还的辩解、辩护意见。经审理查明，林世元在费上利明确告知其女儿的上述费用由费上利为其支付的情况下，接受费上利夫妻二人为其交纳，且事后林世元明知每次所交纳的具体数额，仍让其女儿享用，不存在民事委托代为垫付的关系。至于林世元向费上利索要收条时，费在同时同地用不同纸张写有不同落款时间的四张收条交给林世元，系林世元为了掩盖受贿的事实真相，企图达到逃避惩罚的目的。林世元虽供称：费上利为其女儿所交的前三次费用已归还。但对其还款的来源有多种说法，且前后供词矛盾，又无其他证据印证；其妻李玉虽在出庭作证中印证了林世元的说法，但又与其多次证词前后矛盾，且对自己在庭审中改变过去的证词不能作出合理的解释。因此，对林世元的口供和李玉当庭对这一情节的证词不予采信。而费上利、徐兰明的多次证言前后稳定，又有互相印证，且均经当庭质证属实，应予以采纳。被告人林世元的受贿行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 385 条第 1 款、第 386 条、第 383 条第 1 款第 1 项和第 2 款之规定，已构成受贿罪。且因受贿而

放任行贿人违规承包虹桥施工，放弃施工质量的监督，终因主要是行贿人施工质量低劣的原因造成虹桥垮塌这个极其严重的后果和恶劣的社会影响，属情节特别严重，且未退出赃款，依法应予严惩。

公诉机关指控被告人张基碧犯有玩忽职守罪的事实和罪名成立。被告人张基碧身为国家机关工作人员，在先后任綦江县城建委副主任、主任，先后分管建管工作和主持全面工作期间，故意违反国家有关建设法规，明知虹桥工程未进行立项，未办理报建手续，未审查和选择设计、施工单位的资质，未进行招投标，未发放施工许可证等，而不予监督落实负有一定的管理责任；在明知虹桥工程尚未完工，未进行竣工验收的情况下，而接受林世元的指派，主持和参与虹桥工程的违规接收并违规移交投入使用，负有重要的直接责任；对虹桥在使用中发生异响不采取有效措施排除险情，不督促负责荷载试验的被告人孙立将此项工作落实和组织对虹桥进行全面检查、验收负有重要的管理责任；在任县建筑市场整顿小组办公室主任期间，对虹桥这个违规建设、违规接收并违规投入使用且在使用中反映出严重的质量安全险情的工程。不提出任何查究处理意见，对最终放弃了虹桥的管理、监督机会负有重要的直接责任。被告人张基碧的上述不履行或不正确履行自己职责的行为，造成因虹桥的建设及设计质量低劣而垮塌的重大安全事故，致使公共财产、国家和人民利益遭受特别重大的损失，负有重要的直接责任和一定的管理责任。其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 397 条第 1 款之规定，已构成玩忽职守罪。且情节特别严重，依法本应从重惩处，但鉴于被告人张基碧确有认罪、悔罪表现，可酌情从轻处罚。

被告人张基碧及其辩护人提出张基碧在虹桥建设、接收并交付使用中等失职行为仅应负一定的、次要的责任的辩解、辩护意见不能成立，不予采纳。但其辩护人提出张基碧认罪态度好，请求从轻判处的辩护意见成立，应酌情予以采纳。

公诉机关指控被告人孙立犯有玩忽职守罪的事实和罪名成立。被告人孙立身为国家机关工作人员，在担任綦江县城建委主任助理，协助主任负责重点工程的管理工作期间，违反国家有关建设法规，明知虹桥施工现场长期没有甲方代表现场监督，而不管不问，以致虹桥的施工质量问题得不到及时的发现和纠正，对此负有一定的管理责任；在明知虹桥尚未完工，未进行竣工验收的情况下，受林世元指使违规与费上利办理虹桥的结算，对此负有重要的直接责任；对协助张基碧参与虹桥的违规接收并违规交付使用负有一定的直接责任；虹桥在使用中发生异响后，孙立对领导安排负责荷载试验的工作不落实，也未采取其他有效措施，对虹桥继续违法、危险、带病带伤使用，负有重要的直接责任。被告人孙立不履行或不正确履行自己的职责，对造成虹桥垮塌的重大安全事故，致使公共财产、国

家和人民利益遭受特别重大的损失，负有重要的直接责任和一定的管理责任，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》397 条第 1 款之规定，已构成玩忽职守罪。且情节特别严重，依法本应严惩，但鉴于被告人孙立在审理中尚能认罪，可酌情从轻处罚。被告人孙立及其辩护人提出孙立是受领导的安排办理虹桥违规结算、违规参与虹桥接收并交付使用的辩解、辩护意见成立，予以采纳。但孙立的辩护人提出孙立受领导安排违规履行职责，不属于追究刑事责任的范畴和没有将荷载试验落实仅应负次要责任的辩护意见不能成立，不予采纳。

公诉机关指控被告人贺际慎犯玩忽职守罪的事实和罪名成立。被告人贺际慎身为国家机关工作人员，在担任綦江县副县长（分管城建委工作）兼任城重点建设工程指挥部指挥长期间，对县城重点建设即城建委组织实施的虹桥工程不立项、不审查、不选择设计、施工单位的资质和明知虹桥工程尚未完工，违规进行接收，并违规交付使用等负有一定的管理责任；虹桥在使用中发生异响反映出严重的质量安全问题时，轻率表态可以继续使用，事后也未采取任何有效措施查找原因、排除险情，以致虹桥继续违法、危险、带病带伤使用，负有重要的直接责任和一定的管理责任。被告人贺际慎不履行或者不正确履行自己的职责，以致造成虹桥垮塌的重大安全事故，致使公共财产、国家和人民利益遭受特别重大的损失，负有重要的直接责任和一定的管理责任，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 397 条第 1 款之规定，已构成玩忽职守罪，且情节特别严重，依法予以惩处。鉴于被告人贺际慎犯罪的具体情节相对较轻及其在犯罪中所起的作用相对不同，可酌情予以从轻处罚。被告人贺际慎及其辩护人提出贺际慎被安排负责虹桥工程项目的管理工作，在虹桥异响后所作“可以继续使用”表态是在特定环境下的临时性表态，其行为不构成犯罪的辩解和辩护意见不能成立，不予采纳。

公诉机关起诉被告人赵祥忠的基本事实清楚，证据确实、充分，但指控被告人赵祥忠犯有玩忽职守罪的罪名不能成立。被告人赵祥忠身为市政工程质量监督站站长，在綦江县城建委对虹桥工程提出质量监督申请书并按规定交纳费用后，违反国家有关法规，在明知申请方未提交勘察设计资料等文本的情况下签发了质量监督申请书；此后，赵祥忠未督促本站监督员对虹桥工程的勘察、设计、施工单位进行资质审查，致使不具备资质的设计、施工单位承建了虹桥工程；在明知为虹桥加工主拱钢管的车间不能出具产品合格证，无质量检测报告，没有焊缝探伤条件等情况下，不提出任何异议，且不依法制止不符合质量安全标准的主拱钢管构件进入虹桥主体并拼装合拢，放任降低工程质量标准，为虹桥工程埋下了重大的安全事故隐患，后经技术鉴定，其结论为“主拱钢管焊接接头质量低劣，是导致虹桥整体破坏的直接原因”。被告人赵祥忠故意违反国家规定，故意降低工

程质量标准，以致造成虹桥垮塌的重大安全事故，致使公共财产、国家和人民利益遭受特别重大的损失，负有重要的直接责任，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第137条之规定，已构成工程重大安全事故罪，且后果特别严重，依法应予惩处。重庆市市政工程质量监督站是自收自支的事业单位，赵祥忠调入该站工作后不再是国家机关工作人员，不具备玩忽职守罪的主体要件。被告人赵祥忠及其辩护人提出赵祥忠不是国家机关工作人员，不构成玩忽职守罪的辩解和辩护意见成立，予以采纳；但提出赵祥忠认真履行了作为质量监督站站长职责的辩解和辩护意见与庭审查明的客观事实不符，不予采纳。鉴于被告人赵祥忠的具体犯罪情节，可酌情从轻处罚。

本院依照《中华人民共和国刑法》第12条第1款、第385条第1款、第386条、第383条第1款第（1）项和第2款、第57条第1款、第64条、第397条第1款和第2款、第137条、第69条第1款和第2款、第52条、第53条之规定，判决如下：

一、被告人林世元犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，没收财产人民币50 000元，对犯罪所得赃款人民币111 675.09元及违法所得人民币23 490元予以继续追缴；犯玩忽职守罪，判处有期徒刑10年。数罪并罚，决定执行死刑，剥夺政治权利终身，没收财产人民币50 000元，犯罪所得赃款人民币111 675.09元及违法所得人民币23 490元予以继续追缴（以上款项限本判决生效后7日内缴纳）。

二、被告人张基碧犯玩忽职守罪，判处有期徒刑6年。

三、被告人孙立犯玩忽职守罪，判处有期徒刑5年。

四、被告人赵祥忠犯工程重大安全事故罪，判处有期徒刑5年，处罚金人民币20 000元（限判决生效后10日内缴纳）。

五、被告人贺际慎犯玩忽职守罪，判处有期徒刑3年。

如不服本判决，可在接到判决书的次日起10日内，通过本院或者直接向重庆市高级人民法院提出上诉。书面上诉的，应交上诉状正本1份，副本两份。

审判长：蒋文烈

审判员：肖明

代理审判员：吴雯

1999年4月3日

书记员：祝静

书记员：黄旭

书记员：申威

# 褚时健贪污案法理研究

目 次

一、选案理由
二、基本案情
三、裁判要旨
四、引发的理论问题
五、刑法溯及力若干问题研究
六、法定减轻处罚情节及其适用
七、酌定量刑情节相关问题分析
八、结语
附录：云南省高级人民法院刑事判决书

## 一、选案理由

1999年1月9日，云南省高级人民法院（1998）云高刑初字第1号刑事判决书对引起世人关注的云南“烟草大王”褚时健等人贪污、巨额财产来源不明一案做出判决。最高人民法院权威刊物《最高人民法院公报》（1999年第2期）以及最高人民法院刑事审判第一庭主编的《刑事审判参考》全文刊登了长达近万字的该案刑事判决书，向全国推广。新中国成立以来在高级人民法院一审的案件少之又少[①]，将一个高级人民法院的裁判文书作如此大规模的报道和刊登宣传，在中

---

① 迄今由高级人民法院承担一审的案件在国内仅有两例，一例是由北京市高级人民法院审理的原中共中央政治局委员、北京市委书记陈希同受贿案，另一例即褚时健贪污和巨额财产来源不明案。该案1998年9月25日在云南省高级人民法院公开开庭审理，连续3天，数千人旁听了审理过程。1999年1月9日，5名审判员和两名人民陪审员组成的合议庭开庭宣布了该案件的一审判决。

国司法史上尚属首例。[1] 该案件一审宣判后，被告人褚时健等均未上诉，云南省人民检察院也没有提出抗诉，上诉期满后一审判决即发生法律效力。

案件宣判后，舆论界好评如潮，认为该案的判决几近完美。云南省高级人民法院关于该案的判决书被法学专家称为“现代法律文书的典范”，这份判决书曾十易其稿，字里行间显露着法官对司法公正的执著追求，一改传统判决书遮遮掩掩、忽视诉讼当事人合法权利的形式，大胆突破创新，详细陈述控辩双方观点，从中可见审理程序的公开和透明，消除了人们疑虑的“暗箱操作”。云南省高级人民法院在审理该案过程中，充分尊重证据，推理判断唯证据是从，防止先入为主；贯彻无罪推定原则，证据不足即宣告指控不能成立。6位我国著名法学专家读了云南省高级人民法院的1号判决书后给予高度评价，认为该案定性准确、量刑恰当，审判活动充分体现了司法公正，判决书对控辩双方的观点以及法官对证据的认定作了全面客观的反映，是现代法律文书的先进代表。专家们特别指出，该案法官在审判活动中居中裁判，找到了正确位置。[2] 还有学者指出：该案判决书对指控的内容分别加以评判，层次清楚，逻辑严密，对控辩主张无论是否确认都明确做出回答并阐明理由，完整反映了判决结果的形成过程，是程序公正与实体公正的“完美载体”。[3]

该案在法理上也颇具探讨价值。根据该案的有关公诉、辩护以及判决材料，笔者认为，至少以下几个问题有进一步研究的必要：关于“从旧兼从轻”的刑法溯及力原则；关于法定减轻处罚情节的理解和适用；关于酌定情节在刑罚裁量中的地位与适用以及“疑罪从无”的无罪推定原则等。因此，该案入选本书。

## 二、基本案情

### （一）检方指控的犯罪事实

1998年8月6日，云南省人民检察院以云检诉起字（1998）第1号起诉书对褚时健、罗以军和乔发科3名被告人提起公诉，指控褚时健犯有贪污罪和巨额财产来源不明罪，指控罗以军和乔发科犯有贪污罪。检察机关共提出三项指控：

1. 共同贪污

1993年至1994年玉溪卷烟厂在其下属的香港华玉贸易发展公司存放销售卷烟收入款（也称浮价款）和新加坡卷烟加工利润留成收入款共计2 857.074 85万

① 参见罗书平：《阳光下的公正》，载《中国律师》2000年第6期。

② 参见殷红：《烟王褚时健为何没被判死刑》，载《中国青年报·社会周刊》1999年1月28日。

③ 参见罗书平：《阳光下的公正》，载《中国律师》2000年第6期。

美元。褚时健指使罗以军将该款截留到玉溪卷烟厂和华玉公司的账外存放，并由其本人签字授权后方可动用，1995 年 6 月，褚时健与罗以军、乔发科先后两次策划将这笔款项中的 300 多万美元进行私分。7 月 15 日，罗奉命携带褚的授权委托书到达深圳，并在委托书上填写了转款数额：褚 174 万美元，罗 68.106 1 万美元，乔 68 万美元，华玉公司两名负责人共 45 万美元。

2. 单独贪污

1995 年 11 月中旬，褚时健指使罗以军将华玉公司账外存放的浮价款银行账户及相关资料销毁，把剩余的 1 500 多万美元以“支付设备配件款项”的名义转出，褚决定自己要 1 150 万美元，并拿给罗以军一个新加坡商人钟照欣提供的用英文打印的银行收款账号，叫罗将钱存到该账户。罗照办，转出1 156万美元。

3. 巨额财产来源不明

1995 年 8 月至 1998 年 7 月之间，洛阳市公安局和云南省人民检察院在查办本案的过程中，先后扣押、冻结了褚时健的财产折合人民币 521 万元、港币 62 万元，褚时健能说明其合法来源并经查证属实的为人民币 118 万元。其余财产计为 403 万元，港币 62 万元，褚不能说明其合法来源。

公诉机关认为，褚时健在共同贪污犯罪中起主要作用，系主犯；罗以军、乔发科属从犯。公诉机关同时在起诉书中指出，褚时健被捕后，如实供述了其组织罗、乔等人共同贪污 355.106 1 万美元的事实，具有《刑法》第 67 条第 2 款规定的以自首论的情节。[①] 褚在预审中揭发了邓某某利用职务便利收受 100 万元人民币的事实，经查证属实，根据《刑法》第 68 条规定，属重大立功表现。起诉书同时认定被告人罗以军在侦查期间检举他人侵占公共财产的线索和褚时健贪污1 156万美元的重大犯罪事实，有立功和重大立功表现。

## （二）各被告人对指控的辩解及其辩护人的意见

针对起诉书指控的犯罪事实，三被告人均作了相应辩解，其辩护人亦提出了一系列辩护意见，综合叙述如下：

1. 对于指控 3 人共同贪污 355.106 1 万美元的答辩

被告人褚时健提出，预谋私分美元的数额与指控贪污的数额有出入。被告人

---

① 在起诉书中，公诉机关仅笼统地指出，褚时健被捕后，如实供述了其组织罗以军、乔发科等人共同贪污 355.106 1 万美元的事实，具有《刑法》第 67 条第 2 款规定的以自首论的情节。在法庭调查总结性发言中，公诉机关指出：“1997 年元月 6 日，我院以涉嫌巨额财产来源不明罪对褚时健立案侦查。7 月 10 日，褚时健被捕后，如实供述了他参与、组织共同贪污 355.106 1 万美元的事实，根据《刑法》第 67 条第 2 款和最高人民法院 1998 年 4 月 6 日下发的《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 2 条的规定，应当以自首论”。参见“来自褚时健案件的‘内部报告’”，载《中国律师》1999 年第 3 期。

褚时健的辩护人对指控提出三点异议：①各证据间反映出的数额与起诉书认定的数额存在矛盾；起诉书认定三被告人各自贪污的美元数额，只有罗以军的供述，没有其他证据证实。②三被告人私分的是销售卷烟价款，属账外资金，私分的决定是集体做出的，故应定集体私分国有资产罪，指控贪污的罪名不能成立。③款项转到新加坡商人钟照欣账户，被告人并未实际占有，属犯罪未遂。辩护人还专门论述了被告人褚时健等领导集体决定分钱给个人的行为触犯新《刑法》[①] 第396条的规定，依照“从旧兼从轻”的刑法溯及力原则，应该认定构成本条规定的集体私分国有资产罪，而不应该按照贪污罪定罪处罚。

被告人罗以军的辩护人提出，被告人褚时健指使被告人罗以军将355.106 1万美元从华玉公司账上转到新加坡商人钟照欣在香港的银行账户存放，这一行为只为三被告人私分创造了条件，款项并未按预谋的份额为各人控制，公款的性质没有改变，事后也以玉溪卷烟厂的名义将款全部转回，故三被告人行为属犯罪预备。

被告人乔发科的辩护人提出，被告人乔发科仅有犯意表示，没有实施犯罪行为，也没有实际占有私分的美元，指控其贪污不能成立。

2. 对于指控褚时健单独贪污1 156万美元的答辩

被告人褚时健辩解：叫罗以军销掉存放浮价款的银行账户，并把账户上的余款1 500多万美元全部转到钟照欣的账户上，是因为即将交接工作，为了掩盖私分355.106 1万美元的事实；款转出后是为玉溪卷烟厂支付购买烟丝膨胀设备款，并不是自己要。

辩护人提出，起诉书指控人褚时健单独贪污公款1 156万美元的涉嫌犯罪，证据不足、事实不清。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第162条第3项之规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当做出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决”及《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第176条第5项“案件事实部分清楚，证据确实、充分的，应当依法做出有罪或者无罪的判决；事实不清，证据不足部分，依法不予认定”的规定，不能认定被告人褚时健涉嫌犯有单独贪污1 156万美元的所谓罪行。转款1 156万美元的事实是存在的，关键问题是指控褚时健主观上具有非法占有故意的证据不足。因为从主观上看，转款的意图是付设备款而不是贪污，没有褚时健贪污1 156万美元的主观故意的证据；以支付设备配件款项为名的转款，没有证据证明是所谓的“贪污手段”，反而有证据证明玉溪卷烟厂确实购买了设备，确

---

① 为了叙述和理解的统一，本文中凡提到“刑法”、“刑法典”、“新刑法”时均指1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订后的中华人民共和国刑法，对于修订前的刑法一律称为“1979年刑法”。

实存在需要付款的事实。在这个问题上，褚时健作为企业领导，监督不利，造成资产流失有领导责任，但毕竟他没有贪污，而且这笔巨款最终已被红塔集团调回，未给企业造成实际损失。

3. 对于指控褚时健巨额财产来源不明的答辩

被告人褚时健对指控证据无异议，但提出上述财产中有一部分系外商赠与。辩护人提出对被告人褚时健夫妇的共同财产中其妻子的合法财产应予扣除。起诉书指控被告人褚时健涉嫌巨额财产来源不明罪的指控，应对数额实事求是认定，区别责任，客观处理。要防止和排除把这些财产分别用作追究褚时健、马静芬等刑事责任的依据，即避免出现重复评价的情况。

辩护人认为，本案在集体私分的犯罪过程中，是集体决定私分的，而褚时健作为法人代表，负有领导责任，而不应适用《刑法》第25条、26条的规定，这是因为褚时健、乔发科、罗以军在集体决定私分时褚不是领导犯罪集团进行犯罪活动，其作为法人代表对当时的行为应适用《刑法》第396条中指出的“对直接负责人的主管人员”这个概念去套用，因而认为本案不存在主、从犯问题。除此之外，辩护人更突出强调了褚时健对云南乃至中国民族工业所做出的特殊贡献，提出要正确认识和评价褚时健的“功劳”问题，认为应当作为从轻处罚的情节。

## 三、裁判要旨

集体私分国有资产罪属单位犯罪，犯罪的主体是单位，犯罪的客观方面表现为单位决定，集体私分。被告人以个人非法占有为目的，利用职务上的便利，采用秘密的方式私分公款，既不属单位行为，也不是集体私分，不符合集体私分国有资产罪的基本特征。

被告人主观上有共同私分公款的故意，客观上已将公款从华玉公司的银行账户转到钟照欣的账户，这一过程完成后，玉溪卷烟厂和华玉公司都对该款失去了占有和控制，实际支配权在被告人，款项的所有权已被非法侵犯，被告人的行为符合贪污罪的全部构成要件，属犯罪既遂。

证据反映出被告人转款行为的主观故意，同时存在非法占有、购买设备或其他目的的可能性，不具有充分的排他性，因此，指控被告人贪污1 156万美元证据不充分，不能确认。

被告人在担任企业领导期间，为企业发展做出了贡献，对此，党和政府给予了政治上、物质上的荣誉和待遇，但无论功劳多大，都不应因此而享有超越法律的特权。在法律面前人人平等，任何公民犯罪都应依法受到刑事追究。至于被告人的历史表现反映出的主观方面的情节，可在量刑时酌情考虑。

## 四、引发的理论问题

云南省高级人民法院关于褚时健等人贪污、巨额财产来源不明一案的刑事判决书一改传统判决书的僵化模式，综合再现了整个审判活动的过程，成为在坚持程序公正的前提下，运用事实和法律充分说理的典范。但不可否认，该判决书也并非白玉无瑕，在法律的适用上有些问题也值得思考。

### （一）“从旧兼从轻”的刑法溯及力原则及其适用

被告人褚时健的辩护人指出，在新《刑法》实施前，我国法律没有集体私分国有资产罪，而只有全国人大常委会1995年2月28日制定通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》，其中把国家工作人员侵吞本公司财物的行为，依照贪污罪论处的规定，而新《刑法》在第396条明确规定了集体私分国有资产罪，对于褚时健等领导集体决定私分公款的行为，应该按照“从旧兼从轻”的原则适用新《刑法》，认定为集体私分国有资产罪，而不是贪污罪。另外该案判决书在适用法律时只是客观地“引用”了修订后的《刑法》第12条和分则相关条文以及修订刑法前的全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中的有关条款，对于褚时健等三被告人贪污罪为何适用“裁判时法”（1997年刑法典）而非“行为时法”（上述《补充规定》）、对被告人褚时健巨额财产来源不明罪为何适用“行为时法”（上述《补充规定》）而非“裁判时法”（1997年刑法典）未予明确，对于跨越刑法修订前后的行为如何适用法律、对于“从旧兼从轻”原则的适用前提以及选择所要适用的法律时，如何确定和比较“孰轻孰重”等尚需进一步明确。

### （二）对于“减轻处罚”的理解和适用

云南省高级人民法院的判决书认为，根据本案三被告人所犯贪污罪的事实和情节，对三被告人所犯贪污罪的量刑均适用减轻处罚，即对被告人褚时健“依法应当减轻处罚”，对被告人罗以军和乔发科“依法可以减轻处罚”。而最终判决被告人褚时健无期徒刑、罗以军有期徒刑14年、乔发科有期徒刑5年。而按照《刑法》383条第1款第1项的规定，“个人贪污数额在10万元以上的，应处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产”。显然，这里规定的法定刑有两个幅度，一个是10年以上有期徒刑或者无期徒刑，一个是死刑。据判决书认定，本案三被告人所犯贪污罪均属于“数额特别巨大、情节特别恶劣”，被告人褚时健系主犯，“论罪应依法判处死刑”。鉴于三被告人均应适用减轻处罚，故分别应在与各个被告人所犯罪行相适应的量刑幅度的法定最低刑以下判处相应的刑罚或者确定相应的刑期。毫无疑

问，对“罪该处死”的被告人褚时健适用无期徒刑是“减轻处罚”，对于减轻的幅度应该如何掌握？对第三被告人乔发科在法定最低刑（10年有期徒刑——笔者注）以下判处5年有期徒刑，符合现有刑法理论，是“减轻处罚”，但是对于如此严重的贪污犯罪，判处5年有期徒刑是否合理、是否符合“减轻处罚”的立法本意？因此这一看似正确的判决结果值得推敲。而对于第二被告人罗以军判处有期徒刑14年可以认为是罪刑相当，但是按照《刑法》第63条的规定，又很难说是“减轻处罚”，因为这一刑种和刑期明显是在第一个法定刑的幅度内，而不是“法定最低刑以下”。对于“法定最低刑”如何理解和选定、对于如何适用“减轻处罚”等都值得研究。

**（三）酌定量刑情节的内涵和适用**

本案中一个令人瞩目的焦点就是，关于如何正确评价诸如“社会贡献”等量刑酌定情节的问题。褚时健，男，1928年2月1日生，汉族，高中文化，云南省华宁县人，原玉溪红塔烟草（集团）董事长、总裁。在玉溪卷烟厂任职的17年中，他带领全厂职工艰苦创业，把一个名不见经传的小厂发展成为亚洲第一、世界第五的现代化烟草企业。全厂固定资产从1978年的1 000多万元发展到1996年的70亿元人民币，每年创收税利近200亿元。在全国180多个卷烟企业中，玉溪卷烟厂连年保持装备技术水平、出口创汇、税利等七项第一。仅这个厂生产的“红塔山”卷烟的品牌，无形资产就高达332亿元人民币，在云南这样一个经济较为落后的边疆民族地区走出了一条“红塔之路”，被国家有关部门和一些专家、学者誉为“中国民族工业的一面旗帜”。因其特殊贡献，褚时健先后获得云南省劳动模范、全国劳动模范、全国优秀经营管理者、全国“五一”劳动奖章获得者、全国优秀企业家、全国十位改革风云人物等荣誉称号，多次受到党和国家领导人的接见。

被告人褚时健的辩护人提出，褚时健对玉溪卷烟厂的发展和云南省的经济发展做出过重大贡献，量刑时应充分考虑被告人褚时健的功劳，从宽处理。被告人乔发科的辩护人提出，乔发科曾对玉溪卷烟厂的发展做出较大贡献，应考虑从宽。公诉机关认为，被告人褚时健以及乔发科确实对玉溪卷烟厂做出过重要贡献，但功不能抵刑，在法律适用上人人平等。法院认为，被告人褚时健以及乔发科在担任玉溪卷烟厂领导期间，为“玉烟”发展做出了贡献，对此，党和政府给予了政治上、物质上的荣誉和待遇，但无论功劳多大，都不因此而享有超越法律的特权。在法律面前人人平等，任何公民犯罪都应依法受到刑事追究。至于被告人的历史表现反映出的主观方面的情节，可在量刑时酌情考虑。

被告人罗以军在侦查期间检举他人侵占公共财产线索，但检举的事实未按刑事追究，立功不能成立；关于重大立功表现，指被告人罗以军检举被告人褚时健

贪污 1 156 万美元的重大犯罪事实，因对被告人褚时健的这一指控本院不予确认，故被告人罗以军重大立功表现亦不能成立，但该行为使检察机关及时追回流失在境外的巨额国有资产，可在量刑时作为酌定从轻情节。被告人乔发科在同案人已经向检察机关供述了共同犯罪事实后，侦查人员向其询问时作如实供述，不属主动投案，自首不能成立，可作为认罪态度较好的情节，酌定从轻。

客观情况是，本案被告人褚时健具有自首和重大立功表现，依法“应当”减轻处罚。被告人罗以军积极参与犯罪，具体实施转款行为，作用明显，但鉴于其系从犯，案发后如实供述犯罪事实，并揭举他人的违法事实，认罪态度较好等情节，依法“可以”减轻处罚。被告人乔发科受邀约参与犯罪，系从犯，在共同犯罪活动中情节较轻，案发后如实供述犯罪事实，认罪态度较好，依法“可以”减轻处罚。可以说，三被告人得以减轻处罚，很大程度上是得益于其分别具备的法定减轻处罚情节：褚时健的自首和重大立功、罗以军和乔发科的从犯，至于各自的酌定情节，在量刑时是如何考量的都未明确，作者认为有必要对其深入研究。

**五、刑法溯及力若干问题研究**

云南省人民检察院的起诉书指控：1993 年至 1994 年玉溪卷烟厂在下属的香港华玉贸易发展有限公司存放销售卷烟收入款和新加坡卷烟加工利润留成收入款共计 28 570 478.5 美元。1995 年 7 月，褚时健、罗以军和乔发科将其中3 551 061美元私分。1995 年 11 至 1996 年 1 月，褚时健指使罗以军将华玉公司账外存放的浮价款银行账户及相关的资料销掉，把其款项以“支付设备配件款”的名义全额转出，褚时健自己分得 1 156 万美元。1995 年 8 月至 1998 年 7 月，洛阳市公安局和云南省人民检察院在侦查本案过程中，先后在云南省昆明市、玉溪市和河南省偃师市等地，扣押、冻结了褚时健的货币、黄金制品、房屋以及其他贵重物品等财产，共折合人民币 521 万元，港币 62 万元，其中有人民币 403 万元，港币 62 万元，褚时健不能说明合法来源。经查证，也无合法来源的根据。

法院经查证后认定了起诉书指控的 3 人共同贪污和褚时健巨额财产来源不明部分。这里的贪污行为发生在 1997 年刑法实施之前，而巨额财产来源不明罪却跨越了 1997 年《刑法》。云南省高级人民法院的判决书中，对褚时健等 3 人的贪污罪适用 1997 年《刑法》，对褚时健巨额财产来源不明罪却适用了修订刑法前的全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（下文简称“补充规定”）的有关条款。对贪污罪为何适用“新法”而非“旧法”、对巨额财产来源不明罪为何适用“旧法”而非“新法”，判决书未予论证。还有前述褚时健的辩护人提出对于褚时健等领导集体决定私分公款的行为，应适用新《刑法》，认定为集体

私分国有资产罪的问题，都牵涉到“从旧兼从轻”的溯及力原则，下文拟结合本案对有关刑法溯及力的几个问题予以论述。

### （一）法不溯及既往与“从旧兼从轻”原则

刑法的溯及力，是指刑法生效后，对于其生效以前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用的问题。如果适用，就是有溯及力；如果不适用，就是没有溯及力。[①] 对此，各国立法例有不同的规定，主要有四种原则：①从旧原则，即按照行为时的法律处理，新法没有溯及力；②从新原则，即按照新法处理，新法有溯及力；③从新兼从轻原则，即新法原则上有溯及力，但旧法不认为是犯罪或者处刑较轻的，要按照旧法处理；④从旧兼从轻原则，即新法原则上没有溯及力，但新法不认为是犯罪或者处刑较轻的，则要按照新法处理。上述诸原则中，从旧兼从轻原则，既符合罪行法定原则的要求，又符合实际情况，因而为世界大多数国家所采用。

在刑法的溯及力问题上，经历了一个由“刑法效力不溯及既往”到“从旧兼从轻”的完善过程。刑法效力不溯及既往，是罪刑法定原则派生出来的结论性原则，是指刑法规定不适用其生效以前发生的行为，亦即某一行为是否构成犯罪，构成犯罪的行为应否处罚及如何处罚，均应以行为时的刑事法律规范为准，禁止“事后法”追溯以前的行为为犯罪并给予处罚。主张这一派生原则的理由有二：①一个人只能根据已经施行的法律规范自己的行为，行为依当时的法律不构成犯罪，其行为就是合法的，行为后的法律规定构成犯罪，用以对其处罚，这是行为人不能预测的，是“不教而诛”。②如果行为时是合法的行为，行为后的法律认为是犯罪并用来处罚行为人，人们不知道今后自己的行为是否会定罪判刑，不免心怀惶恐，忐忑不安，不利于维护社会的安定。[②] 它是在立法和司法（实体法和诉讼法）方面对公民权利保障的重要措施之一。[③]

但是，从世界各国刑法的有关规定来看，绝对排斥刑法溯及力即新法溯及其前行为的立法例几乎已不存在，绝对的刑法效力不溯及既往原则已被从旧兼从轻原则所替代。之所以发生这一转变，是因为以往限制刑法效力溯及既往，乃是从保障个人权利的角度出发，后来西方学者根据“有利被告”的原则，对刑法无溯

---

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第1卷），中国人民大学出版社1993年版，第327页；高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社1998年版，第55页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第38页；赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社2001年版，第69页；林准主编：《中国刑法教程》，人民法院出版社1989年版，第29页；张明楷：《刑法学》（上），法律出版社1997年版，第69页。

② 参见马克昌：《论我国刑法的基本原则》，载《中央检察官学院学报》1997年第4期。

③ 参见赵秉志、肖中华：《澳门新刑法典基本原则之探讨》，载《法律科学》1997年第1期。

及力的观点有所改变，即不再主张刑法绝对无溯及力，而是主张新法重于旧法时，无溯及力；新法轻于旧法时，则有溯及力，并认为这不仅不违反罪刑法定的要求，而且正符合罪刑法定原则的宗旨。如1988年修订的《韩国刑法》第1条规定："（一）犯罪的构成与处罚，依行为时的法律。（二）犯罪后由于法律变更，其行为不构成犯罪或者其刑罚轻于旧法的，则依照新法……"①《意大利刑法典》第2条规定："任何人不得因根据行为实施时的法律不构成犯罪的行为而受到处罚。任何人不得因根据后来的法律不构成犯罪的行为而受到处罚；如果已经被定罪判罚，则终止刑法的执行和有关的刑事后果。如果行为实施时的法律与后来的法律不同，适用其规定对罪犯较为有利的法律……"②。我国澳门地区新"刑法典"第2条规定："当依行为时法行为可处罚而依行为后法行为不可处罚时，行为不予处罚，即使判决已经确定，判决的执行及其刑事效果也必须终止。对于依行为时法和行为后法行为均具可罚性、但行为后法的适用对行为人较有利时，如判决未确定的，适用行为后法。"

我国刑法溯及力原则上也经历了一个否定之否定的过程。③ 在1979年刑法中明确采用了国际通行的"从旧兼从轻"原则，但自1981年全国性的"严打"斗争开始之后，这一原则立场开始出现了重大转变。1982年和1983年全国人大常委会颁布的两项单行刑法（《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》和《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》），突破了上述原则的规定，确立了对部分严重危害社会行为可以适用事后的、在定罪处刑方面均不利于被告人的溯及力原则，即"从新"（实质是"从重"）原则④，极大地削弱了刑法对人权的保障作

---

① 参见《韩国刑法典及单行刑法》，[韩] 金永哲译、赵秉志专业审校，中国人民大学出版社1996年版，第1页。

② 参见《意大利刑法典》，黄风译，中国政法大学出版社1998年版，第5页。

③ 参见苏惠渔、游伟、孙万怀：《刑法价值观念的一次维新——对我国刑法发展的比较考察》，载《法学》1999年第2期。

④ 对此，也有学者称之为是"有条件从新原则"和"从新原则"，因为在《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》第2条规定"凡在本决定实施之日以前犯罪的，而在1982年5月1日以前投案自首，或者已被逮捕而如实地坦白承认全部罪行，并如实地检举其他犯罪人员的犯罪事实的，一律按照本决定施行以前的有关法律规定处理。凡在1982年5月1日以前对所犯的罪行继续隐瞒拒不投案自首，或者拒不坦白承认本人的全部罪行的，亦不检举其他犯罪人员的犯罪事实的，作为继续犯，一律按本决定处理"；在《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》第3条中规定"本决定公布后审判上述犯罪案件，适用本决定"。对于"有条件从新原则"和"从新原则"的评判，参见石吉洲、张耕、罗锋、杨春洗、高西江、高铭暄、曹子丹：《修订后的刑法笔谈》，载《政法论坛》1997年第2期；袁继红、卢建平：《论罪刑法定原则与刑事立法》，载《浙江大学学报（人文社科版）》2001年第2期。

用。[①] 可见，在当时强有力的社会防卫思想及犯罪化、重刑化政策的驱动下，立法竟然走到了超越合理性界限的程度，更不用说是实际司法了。[②] 对此，我国很多刑法学者都曾提出过尖锐的批评，甚至建议在废除“从新”原则的同时，更加高扬人权保障的意识。[③] 在这样的情况下，“从新（从重）”原则再也没有其继续存活和生长的土壤了，1979 年刑法所确立的“从旧兼从轻”原则在经历了 10 多年被部分否定之后，获得了法律上重新、全面的确认。1997 年刑法在明确规定了罪刑法定原则的同时，在第 12 条中详细规定了“从旧兼从轻原则”。

### （二）处刑轻重的比较与“轻法”的选定

正确适用从旧兼从轻原则，需要解决好两个问题：一是如何比较新旧刑法之间的轻重关系。另一个问题是所谓的“轻法”是否限于“旧法”与“新法”之一，换言之，即从旧兼从轻原则中，究竟是应当整体适用（即所谓的“从”）某一相对较轻的法律，还是选择适用数法律中对于犯罪人有利的法条？

1. 处刑轻重之比较

对“处刑较轻”的理解，理论上和实践中均存在分歧。一种观点认为，“处刑较轻”是指宣告刑即人民法院对被告人实际判处的刑罚较轻。另一种观点认为，“处刑较轻”是指法定刑即刑法分则条文对具体犯罪所规定的刑种和刑度较轻。为了解决这种争议，最高人民法院于 1997 年 12 月 23 日通过了《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》。该《解释》明确：“刑法第十二条规定的‘处刑较轻’，是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻；如果法定最高刑相同，则指法定最低刑较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑；如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑”。但是，该司法解释的缺陷在于将“处刑较轻”主要限于法定刑中的主刑，未直接规定附加刑的轻重比较。笔者认为，刑法溯及力中的刑罚轻重，基本的标准是主刑轻重的比较。只有在新旧刑法主刑轻重一致的情况下，才比较附加刑的有无或轻重。至于附加刑的轻重，根据《刑法》第 34 条的规定，应当理解为罚金、剥

---

① 参见赵秉志主编：《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 6—7 页。

② 参见苏惠渔、游伟、孙万怀：《刑法价值观念的一次维新——对我国刑法发展的比较考察》，载《法学》1999 年第 2 期。

③ 参见李淳、高铭暄：《刑法修改与完善若干问题的探讨（笔谈会）》，载《中国法学》1995 年第 5 期；高铭暄：《试论我国刑法改革的几个问题》，载《中国法学》1996 年第 5 期；苏惠渔、游伟：《社会转型时期我国刑事立法思想探讨》，载《法学》1994 年第 4 期。

夺政治权利、没收财产是相对于主刑序列的由轻至重的排列。而具体罚金、没收财产的轻重，则应以实际的罚金数或没收的财产数为准。总之，刑罚的轻重，既包括主刑的轻重，又包括附加刑的轻重。在主刑轻重相同的情况下，应当考察附加刑的轻重。但是，在主刑轻重比较明了的情况下，附加刑的轻重可不予考虑。①

处刑轻重的比较，应当根据法定刑幅度的不同情况进行比较。基本方法是：

（1）比较刑罚种类的轻重。《刑法》第 33 条和第 34 条对主刑和附加刑的排列是按由轻到重的次序排列的。主刑中最轻的是管制，最重的是死刑；附加刑中最轻的是罚金，最重的是没收财产。一般情况下，应先比较主刑刑罚种类的轻重，即比较各法定刑幅度内的最高主刑。如果最高主刑相同，则比较各法定刑幅度内的最低主刑。如果主刑种类完全相同，则比较附加刑的轻重。有附加刑的重于没有附加刑的；均有附加刑的，并处附加刑的比可以单处附加刑的重。如本案中涉及的巨额财产来源不明罪，依照《补充规定》可以并处或者单独没收“差额部分”，而 1997 年《刑法》规定的是并处没收“差额部分”，显见前者为轻，故而在本案中，法院适用前者。单纯从这个角度来说，选择适用《补充规定》来处罚被告人褚时健的巨额财产来源不明罪是正确的，但是鉴于法律的选择是一个综合性的工作，所以还应该考虑到其他因素的影响，对此下文还有详述。

（2）比较同一种刑罚（主要是有期徒刑）的轻重。应当根据刑法分则条文规定的法定最高刑期进行比较；法定最高刑期相同的，则比较最低刑期。

（3）比较法定刑适用条件的宽严。如果新旧刑法规定的法定刑完全相同，但在适用条件上，新刑法的规定更加明确、严格，应当认为新刑法的处刑较轻而适用新刑法。② 比如关于贪污罪的规定，《补充规定》规定 2 000 元为贪污罪的追诉标准，而 1997 年刑法规定 5 000 元为追诉标准，可见新刑法规定的构成犯罪的条件更为严格。新刑法的规定也就相应较轻，本案中，云南省高级人民法院就是从这个角度对褚时健等三人的贪污罪适用了新刑法的规定。

上述比较处刑轻重的方法是有着严格的逻辑顺序的，只有在前一种方法无法确定孰轻孰重时，才可以采用后一种方法进行比较。

需要指出，新旧刑法处刑轻重的比较是建立在新旧刑法对某一犯罪所规定的犯罪构成要件相一致前提下所作的比较，如果犯罪构成要件发生变化，所涉及的首要问题是是否构成犯罪的评判。例如，1979 年《刑法》第 151 条规定的盗窃罪的法定刑是 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。1997 年修订《刑法》第 264 条

① 参见龚培华：《刑法溯及力研究》，载《上海市政法管理干部学院学报》2000 年第 6 期。

② 参见逄锦温：《我国刑法溯及力问题探讨》，载《中国刑事法杂志》1998 年第 3 期。

盗窃罪相应的法定刑是3年以下有期徒刑、拘役或者管制。从刑罚轻重来看，当然是1997年《刑法》第264条比1979年《刑法》第151条为轻。但是，1997年《刑法》第264条盗窃罪的构成中增加了“多次盗窃”的要件，因此，对于发生在1997年10月1日之前多次盗窃未及数额较大的行为，不能以1997年《刑法》处刑较轻而适用之，而应当首先判断此行为在1979年《刑法》中是否构成犯罪。事实上，除了惯窃以外，1979年《刑法》对一般的多次盗窃数额未达较大程度的，是不以盗窃罪论处的。因而对此种情形，不能因为1997年《刑法》处刑较轻而适用之。正确的做法是适用1979年《刑法》，不以犯罪论处。

2. “轻法”之选定

1997年《刑法》第12条第1款规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”这就是关于从旧兼从轻的原则规定。如果仅仅从这一条文看，应该不存在什么争议，其含义似乎应该是指要么适用“旧法”（即行为时法），要么适用“新法”（即本法）。可是在最高人民法院《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》出台后，这个问题反而变得复杂起来，如该解释第2条规定：“犯罪分子1997年9月30日以前犯罪，不具有法定减轻处罚情节，但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处刑罚的，适用修订前的刑法第五十九条第二款的规定。”同时又在第5条规定：“1997年9月30日以前犯罪的犯罪分子，有揭发他人犯罪行为，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，适用《刑法》第六十八条的规定。”因此，在司法实践中，很容易出现在同一判决中，基本的定罪量刑适用某一刑法的分则规定，但是在某些总则性问题上，却适用另一刑法的规定，或者在这些总则性规定适用过程中，有的诸如减轻处罚的适用援引旧法的规范，而另一些诸如立功的适用援引新法的规定，导致适用法律混乱。①

对此，有的学者持赞成态度，认为新旧法律之间可以交替引用，比如定罪量刑时适用旧法，但是适用刑罚时依照新法，或者相反。② 笔者持相反的意见，因为所谓的从轻不应当是指每一具体法条的两两比较（从而寻找在不同性质的规范上对于犯罪人都为有利的规定，而无视其法源的不同），而是在两部法律之间寻找一个整体上处刑较轻的法律（在决定对某一行为适用哪一法律的基础上，不允

---

① 参见林维、王明达：《论从旧兼从轻原则的适用——以晚近司法解释为中心》，载《法商研究》2001年第1期。

② 参见曲新久：《刑法的精神与范畴》，中国政法大学出版社2000年版，第397页。

许再采用其他法律中单独地看可能对犯罪人更为有利的法条）。[①] 理由如下：①不论“新法”还是“旧法”，都是一个不可分割的整体，如果对同一个案件同时适用新法（或旧法）的总则规定与旧法的分则（或总则），如前述在适用酌定减轻处罚时适用旧法，而在认定立功情节时适用新法，那么这种适用，既不是从旧（适用行为时法），也不是从轻（适用裁判时法），而是适用一种由法官自由选择组合的“混合法”；②只有将旧法和新法各自的总则性规定和分则性规定分别适用到一个案件中时，才能比较出新法和旧法孰轻孰重；③从其他国家和地区的理论与实践看，也是倾向于整体选择适用“旧法”或“新法”，而非综合适用对行为人有利的一切法律条文。如德国权威刑法学家李斯特认为“如果法官要从两个或两个以上的法律规定中选择一个最轻刑，必须将他手头的案件对照多个法律规定中的第一个法律来斟酌，然后再考虑第二个、第三个或其他所有法律规定来认定犯罪人的犯罪事实，并科处刑罚，不同法律规定中的任何联系（实际指并合适用）是绝对禁止的。”[②] 也就是说，是“从”一轻的法律，而不是“从”若干轻的法条组合。只有将各种规范适用于具体案件，并将犯罪人应承担的具体后果进行综合比较之后，才能得出相对较轻的结论。在我国台湾地区，这一见解也成为实务界和理论界的通说，该说认为法律之比较，应就罪刑有关之一切情形比较其全部之结果，而为整个之适用，不能割裂而分别适用有利之条文，如旧法为有利，则全部适用旧法，如新法有利，则全部适用新法，保持法律之整个体系，不可新旧法掺杂适用，紊乱系统。[③]

需要指出，在一人犯数罪的场合，选择适用某一法律时是针对具体个罪而言的，而不是指向一人所犯之全部罪行。具体到本案中，要确定所应该适用的法律时，既要确定对于贪污罪是具体适用 1997 年《刑法》还是适用 1979 年《刑法》，也要确定对于巨额财产来源不明罪到底是适用 1997 年《刑法》还是 1979 年《刑法》。而不是综合比较 1997 年《刑法》和 1979 年《刑法》对于贪污罪和巨额财产来源不明罪的总体适用情况而选定仅适用 1997 年《刑法》或者 1979 年《刑法》。具体而言，对于本案中的贪污罪，就被告人褚时健来说，如果适用 1979 年《刑法》，定罪的起点相对较低（2 000 元），但是可以适用酌定减轻处罚权，且本

---

① 参见林维、王明达：《论从旧兼从轻原则的适用——以晚近司法解释为中心》，载《法商研究》2001 年第 1 期。

② 参见［德］弗兰茨·冯·李斯特：《德国刑法教科书》，徐久生译，何秉松校订，法律出版社 2000 年版，第 135 页。

③ 参见高仰止：《刑法总则之理论与实用》，（台湾地区）五南图书出版公司 1986 年版，第 85 页；刁荣华主编：《最高法院判例研究》（下册），（台湾地区）汉林出版社 1983 年版，第 13 页；谢兆吉、刁荣华：《刑法学说与案例研究》，（台湾地区）汉林出版社 1976 年版，第 49 页。

级法院审判委员会就有权决定，但是不能适用自首和重大立功这一法定减轻处罚情节，因为当时的法律没有这一规定；如果适用 1997 年《刑法》，则定罪起点相对较高（5 000 元），可以适用自首和重大立功这一法定减轻处罚情节，同时如果针对其所做出的重大贡献，考虑适用酌定减轻处罚权，可以通过上报最高人民法院核准的途径解决，如此看来，适用 1997 年《刑法》明显更有利于被告人，所以应该选择适用 1997 年《刑法》而不再适用 1979 年《刑法》，从而完全贯彻了"从轻"原则，对于其他被告人亦同。对于被告人褚时健的巨额财产来源不明罪，《补充规定》第 11 条第 1 款规定"国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处没收其财产的差额部分"，而 1997 年《刑法》第 395 条第 1 款规定"国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴"，按照前述比较处刑轻重的原则，前者可以单处"没收差额"这一附加刑，而后者是必须并处"没收差额"，可见前者是属于处刑较轻，从这里看，本案判决书中适用"旧法"似乎是正确的，但是，如果适用旧法，则不能将"重大立功"这一法定趋轻情节适用于该罪，很明显，如果考虑适用减轻处罚的情况下，依据新《刑法》对被告人的判决会更为有利，所以笔者认为，对于本案中的巨额财产来源不明罪亦应该适用 1997 年《刑法》，而不能适用《补充规定》。

3. 对被告人私分公款行为的新旧法定性

被告人褚时健的辩护人认为，三被告人私分的是销售卷烟浮价款，属账外资金，私分的决定是集体做出的，被告人褚时健等领导集体决定分钱给个人的行为触犯新《刑法》第 396 条的规定，应该认定构成集体私分国有资产罪，并指出在旧《刑法》中没有关于集体私分国有资产罪的规定，只是在全国人民代表大会常务委员会 1995 年 2 月 28 日制定通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》中把国家工作人员侵吞本公司财物的行为，规定依贪污罪论处，在这里应该按照"从旧兼从轻"的原则适用新《刑法》。

法院认为，集体私分国有资产罪属单位犯罪，犯罪的主体是单位，犯罪的客观方面表现为单位决定，集体私分。被告人褚时健、罗以军、乔发科以个人非法占有为目的，利用职务上的便利，采用秘密的方式私分公款，既不属单位行为，也不是集体私分，不符合集体私分国有资产罪的基本特征。恰恰相反，三被告人主观上有共同私分公款的故意，客观上已将公款从华玉公司的银行账户转到钟照欣的账户，这一过程完成后，玉溪卷烟厂和华玉公司都对该款失去了占有和控制，实际支配权

在被告人，款项的所有权已被非法侵犯，其行为已经符合贪污罪的全部构成要件。

笔者认为，法院的认定是完全正确的，并且有必要补充说明一点，新旧刑法评价的对象是行为，而不是限于具体的罪名。上述三被告人私分公款的行为，本身就是属于贪污罪的客观表现形式之一，对于这种行为，1979 年《刑法》和 1997 年《刑法》均认为构成贪污罪，所以要以修订前后刑法中关于贪污罪的规定作为比较的基础。再进一步，如果某一行为在新旧刑法中被不同罪名包含，也要就该不同罪名的法定刑进行比较，而不能认为新法或旧法中对该行为没有规定，例如，寻衅滋事的行为在 1979 年《刑法》中被流氓罪所包含，对于寻衅滋事行为选择适用法律时，应将 1979 年《刑法》中的流氓罪与 1997 年《刑法》中的寻衅滋事罪进行比较，而不能以 1979 年《刑法》中没有寻衅滋事罪为由而认定应该按照 1979 年《刑法》作无罪处理。

**（三）“跨法犯”的法律适用**

任何犯罪行为都是在一定的时间内实施的，行为不同，时间长短各异。在新、旧法交替之际，就会出现依新法规定应当追诉的犯罪，行为开始于新法生效之前而结束于生效之后的情况，这种犯罪在刑法理论上称为“跨法犯”。[①]

对于跨越新旧刑法的犯罪应如何适用法律？对此，理论和实践中，存在不同的观点：[②] 一种观点认为，因新旧法律对同一犯罪的处刑轻重不同，应分别定罪处刑，实行数罪并罚，以体现罪刑相适应的刑法基本原则。第二种观点认为，应依犯罪行为的主次决定新旧法律的取舍。如果连续犯罪的主要事实发生于旧法施行时期，就应适用旧法；反之，则应适用新法。即连续犯罪行为的性质应由主要犯罪行为来决定。第三种观点认为，应严格贯彻“从旧兼从轻”原则，适用轻法。第四种观点认为，根据我国刑法第 89 条第 1 款规定：“追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算”。在这种情况下，应当以行为终了时有效之法律为准，对“跨法犯”作为刑法生效以后的犯罪来对待，一概适用新刑法有关条款来处理。[③]

对于此类犯罪如何适用法律，国外的立法例也不尽相同。如《韩国刑法典》附则第 4 条规定：“一个罪跨越本法施行前后进行时，视为本法施行前的犯罪；连续犯或者牵连犯跨本法施行前后时，只把本法施行前所犯之罪，视为一罪”，可见韩国刑法对跨法犯以适用旧法为原则。而《德国刑法典》则正好相反，该法

---

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第 1 卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 349 页。

② 参见黄祥青：《滞后与超越：新刑法实施中的若干问题与对策》，载《现代法学》1999 年第 3 期。

③ 参见逄锦温：《我国刑法溯及力问题探讨》，载《中国刑事法杂志》1998 年第 3 期。

第 2 条规定："行为之际，处罚之规定有变更者，适用行为终了时之有效法律"，可见德国刑法对连续犯和持续犯是以适用新法为原则，但是，在新法较旧法处罚为重时，似乎有违现代刑法溯及力的前提原则，即有利于被告人原则。我们认为，跨新旧法的连续犯罪是一种较为复杂的犯罪现象。上述四种适用方法均不能单一作为妥善的解决方案。

具体理由在于：①犯罪行为的连续性与连续犯罪行为在主客观特征上的同一性决定了连续犯罪只能以一罪论处。正因如此，我国《刑法》第 89 条规定，对于犯罪行为有连续状态的，应从犯罪行为实行终了之日起计算追诉时效。如果将跨新旧法的连续犯作两罪认定，显然与连续犯罪只有一个追诉时限的法律规定不相一致。况且，当新法比旧法处刑较轻时，整个连续犯罪无疑应当适用新法定罪处刑。如果按照新旧刑法分别定罪，则明显违背"从旧兼从轻"原则。可见分别定罪的观点有其局限性。②若依主要犯罪行为认定一罪，实践中划分主次的标准不一，又会造成法律适用上的混乱，况且在大部分犯罪行为发生在旧法施行时期，而新法又处刑较轻的场合，显然不能依"主要犯罪行为"确定刑法适用；再者即便是旧法处刑较轻，对于新法施行后发生的犯罪行为，理当适用新法。因为从溯及力角度讲，只有新法的效力溯及既往的可能性，而绝无旧法的效力及于新法施行时期的犯罪行为的道理。在本案中，被告人褚时健巨额财产来源不明罪就存在跨越新旧刑法的问题，云南省高级人民法院的判决书适用了"旧法"，即《补充规定》第 11 条第 1 款的规定①，从形式是上看是"从轻"了，但是用"旧法"追究"新罪"的行为显然不是"从旧兼从轻"原则的应有之义，更谈不上符合罪刑法定原则。③一律从轻说不能解决的问题是，如果旧法处罚较轻，但连续犯的一部或大部分行为发生于新法施行时期，这时旧法并无溯及力，适用旧法于法无据。所以在本案中，正确的做法是，对于被告人褚时健巨额财产来源不明罪直接适用 1997 年刑法，然后将修订前刑法对巨额财产来源不明罪这一客观情况作为酌定从轻的情节，在量刑时予以充分考虑，毕竟，修订前的刑法的效力不能及于被告人褚时健在 1997 年 10 月 1 日之后巨额财产来源不明的罪行。

笔者认为，由于前述《刑法》第 89 条的规定，一律从新说至少从法理上还

---

① 该条款规定："国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处没收其财产的差额部分"，而 1997 年《刑法》第 395 条规定："国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴"，按照前述比较处刑轻重的原则，前者可以单处"没收差额"这一附加刑，而后者是必须并处"没收差额"，可见前者是属于处刑较轻。

是站得住脚的。值得注意的是，1998 年 12 月 2 日，最高人民检察院下发了《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》。该《批复》指出，“对于开始于 1997 年 9 月 30 日以前，继续或连续到 1997 年 10 月 1 日以后的行为，以及在 1997 年 10 月 1 日前后分别实施的同种类数罪，如果原刑法和修订刑法都认为是犯罪，并且应当追诉，按照下列原则决定如何适用法律：（一）对于开始于 1997 年 9 月 30 日以前，继续到 1997 年 10 月 1 日以后终了的继续犯罪，应当适用修订刑法一并进行追诉。（二）对于开始于 1997 年 9 月 30 日以前，连续到 1997 年 10 月 1 日以后的连续犯罪，或者在 1997 年 10 月 1 日前后分别实施同种类数罪，其中罪名、构成要件、情节及法定刑均没有变化的，应当适用修订刑法，一并进行追诉；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，也应当适用修订刑法，一并进行追诉，但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定刑较重的，在提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见。”该批复在坚持一律从新说的基础上并做出了必要补充，笔者认为是完全切实可行的。

## 六、法定减轻处罚情节及其适用

法定减轻处罚，是指对已经成立的犯罪，因其具有某种特定原因而基于法律的规定减轻其刑罚。我国《刑法》第 63 条第 1 款规定：“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚。”这就是所谓的法定减轻。法定减轻又可分为一般减轻与特别减轻，前者是指刑法总则规定的对一切犯罪均可适用的减轻，后者是指刑法分则规定的对特定犯罪适用的减轻。[①] 对于一般减轻与特别减轻，也有学者将其概括为总则性减轻处罚情节和分则性减轻处罚情节。[②] 还有学者根据刑法用语上的不同将法定减轻处罚情节划分为硬性减轻处罚情节和弹性减轻处罚情节。[③]

### （一）法定减轻处罚之立法例

外国刑法中一般都有对法定减轻处罚的明确规定。如在《韩国刑法典》第 54 条规定了自首、自白[④]的法定减轻，其他法定减轻都规定在分则具体的犯罪

① 参见莫开勤：《量刑规则研究》，载中国人民大学法学院刑法专业编写：《刑事法专论》（上），方正出版社 1998 年版，第 385 页。

② 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 360 页。

③ 参见韩玉胜主编：《新编刑法教程》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 240 页。

④ 这里的“自白”以及下文提到的日本刑法中的“自白”是指对于告诉才处理的犯罪，向被害人告诉自己的犯罪事实，委托其处理的行为。

中。第 55 条规定了减轻的原则：如果法定刑幅度仅有一个刑种的，直接对其减轻，如果存在两个以上刑种的，则要先确定应该使用的刑种，然后再将该刑种予以相应减轻。[①]

在《日本刑法典》中，第七章和第八章专门规定了减轻处罚的事由，包括第 36 条的防卫过当、第 37 条的避险过当、第 38 条的不知法律的犯罪、第 39 条的心神耗弱、第 42 条的自首和自白减免以及第 43 条的未遂减免。[②]

在《俄罗斯联邦刑法典》中，该法第 61 条第 1 款列举了 10 种减轻处罚的情节，这 10 种情节可以说是法定减轻的内容；在第 62 条规定"在具有本法典第 61 条第 1 款第 9 项和第 10 项所规定的减轻情节而没有加重情节的情况下，刑罚的期限或数额不得超过本国法典分则有关条款规定的最重刑种最高刑期或数额的四分之三"，[③] 无论是适用最重刑种还是较轻刑种，实际上还是相当于我国刑法中从轻处罚的规定。

而《意大利刑法典》中，一般情况下是减轻本刑至三分之一，处无期徒刑的则减为一定限度的有期徒刑。《奥地利刑法典》第 41 条规定，一般情况下只能在法定刑幅度内减轻，如果行为人决无再实施犯罪可能的，才可以判处低于法定最低刑的刑罚。《联邦德国刑法典》规定，最低度为 2 年以上有期徒刑者法定减轻时同时减轻最高度和最低度，终身自由刑减轻以自由刑代之。

我国《刑法》共有 20 处关于法定减轻处罚的规定，为了叙述的方便和条理，在此将其分为硬性减轻处罚情节和弹性减轻处罚情节两个部分。

1. 硬性减轻处罚情节

这里的硬性减轻处罚情节表现在刑法条文中使用"应当"的表述方式，由于有的减轻处罚情节是单独规定的，有的是和其他情节规定在一起的，按照具体表述的不同，可分为四类：

（1）应当减轻处罚的情节。在《刑法》中仅有一处，即《刑法》第 24 条规定的造成损害的中止犯。

（2）应当减轻或者免除处罚的情节。包括《刑法》第 20 条规定的防卫过当、《刑法》第 21 条规定的避险过当、《刑法》第 28 条规定的胁从犯、《刑法》第 68 条规定的犯罪后自首又有重大立功表现的。

（3）应当从轻、减轻或者免除处罚的情节。这个规定在刑法中也仅有一处，

---

① 参见《韩国刑法典及单行刑法》，[韩] 金永哲译、韩大元校对、赵秉志专业审校，中国人民大学出版社 1996 年版，第 10 页。

② 参见《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社 1998 年版，第 19—27 页。

③ 参见 [俄] 斯库拉托夫、列别捷夫主编：《俄罗斯联邦刑法典释义》，黄道秀译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 147—148、153—154 页。

就是《刑法》第 27 条规定的从犯。

（4）应当从轻或者减轻处罚的情节。《刑法》第 17 条规定的已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人犯罪承担刑事责任的情况。

2. 弹性减轻处罚情节

这里的弹性减轻处罚情节在刑法条文中使用“可以”的表述方式，归纳起来，也有四种：

（1）可以免除或者减轻处罚的情节。《刑法》第 10 条规定的在国外犯罪已在国外受过刑罚处罚的。

（2）可以减轻或者免除处罚的情节。包括《刑法》第 68 条规定的犯罪分子有重大立功表现的、《刑法》第 164 条规定的行贿人在被追诉前主动交代向公司、企业人员行贿行为的、《刑法》第 383 条规定的个人贪污数额在 5 000 元以上不满 10 000 元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的、《刑法》第 390 条规定的行贿人在被追诉前主动交代向国家工作人员行贿行为的、《刑法》第 392 条规定的介绍贿赂人在被追诉前主动交代介绍贿赂行为的。

（3）可以从轻、减轻或者免除处罚的情节。包括《刑法》第 19 条规定的又聋又哑的人或者盲人犯罪的、《刑法》第 22 条规定的预备犯。

（4）可以从轻或者减轻处罚的情节。包括《刑法》第 18 条规定的尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的、《刑法》第 23 条规定的未遂犯、《刑法》第 29 条规定的被教唆的人没有犯被教唆的罪的教唆犯、《刑法》第 67 条规定的犯罪后自首的以及《刑法》第 68 条规定的有立功表现的。

这些弹性减轻处罚情节除个别外大部分都规定在刑法总则的条文中，这样规定，便于审判机关根据犯罪的具体情况适用于不同的犯罪人。还应该注意，上述减轻处罚情节在各该项规定中的顺序不同，也反映了立法者赋予审判机关在具体适用该情节时的倾向性，一般说来，排列在前的情节应该优先选择适用，可见法官的自由裁量权也是受到一定限制的。

本案中，三被告人均具有法定减轻处罚情节。具体而言，被告人褚时健在因巨额财产来源不明罪被立案侦查期间，主动交代了组织罗以军、乔发科贪污 3 551 061美元的犯罪事实，根据《刑法》第 67 条的规定，应该“以自首论”，同时褚时健还检举了邓某某受贿 100 万元人民币的重大犯罪事实，根据《刑法》第 68 条的规定，属于重大立功表现，对于自首后又有重大立功的，应当减轻或免除处罚；被告人罗以军和乔发科都是从犯，根据《刑法》第 27 条的规定，对于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。需要指出，上述情节都是硬性量刑情节。

**（二）“法定最低刑”的理解与减轻处罚的幅度**

1997 年《刑法》第 63 条第 1 款规定“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情

节的，应当在法定刑以下判处刑罚。”据此一般认为减轻处罚就是判处低于法定最低刑的刑罚。[①] 根据该条规定，减轻处罚可以判处法定最低刑（因为《刑法》第99条规定，本法所称以上、以下、以内，包括本数—笔者注），而这又与从轻处罚有重合之处（从轻处罚时也可以判处法定最低刑），显然这与刑法理论上的理解和司法实践是不一致的，在理论和实践上，人们所理解和操作的“减轻处罚”是在低于法定最低刑以下判处刑罚。[②] 为了避免与从轻处罚混同，有学者建议将减轻处罚的定义表述为：“减轻处罚是指在法定刑之下判处刑罚”；或者表述为：“减轻处罚是指判处低于法定最低刑的刑罚”[③]；还有学者提出考虑表述为“在其所触犯的罪名正条规定的最低刑以下判处刑罚”。这些建议应该说是有积极意义的。[④] 但是笔者认为这样的表述还不能完全体现立法者的初衷。具体而言，“在法定刑以下判处刑罚”之说不够准确。如杀人罪、强奸罪、抢劫罪等严重犯罪，其法定最低刑都是3年有期徒刑，难道仅仅因为行为人未满18周岁、间歇性精神病、聋哑盲、从犯、自首或立功等原因就可以合法将其刑罚减到3年以下有期徒刑、拘役或管制?[⑤] 因为法定量刑幅度太大了，若减轻处罚是在“法定刑”以下，则显然罪刑不相适应。由此可见，现行的关于减轻处罚的理论仍不能满足罪责刑相适应原则的需要，应该予以突破。[⑥]

1. 关于“法定最低刑”的理论争议

理论界关于法定刑的定义主要有五种观点：①法定刑是指与特定的犯罪行为

① 参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第3卷），中国人民大学出版社1993年版，第261页；苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1995年版，第336页；高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第274页；赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社2001年版，第364页。

② 目前而言，刑法理论界对减轻处罚的共识是，减轻处罚是指在低于法定最低刑之下判刑。国内出版的所有刑法教科书都是这样写来理解的，司法实践也是依此操作的，纵然如此，刑事立法将减轻处罚规定为“在法定刑以下判处刑罚”，显见与刑法理论是相悖的。在修订《刑法》时，也有人对此提过建议，终因“事情太小”被忽略。有学者认为，这除了反映立法理论的萎缩之外，还反映了立法者本身法治意识的淡漠。参见房清侠：《刑事立法缺陷探微》，载《河南大学学报（社科版）》2000年第2期。

③ 参见赵长青主编：《刑法学》，法律出版社2000年版，第313页；陈兴良：《本体刑法学》，商务印书馆2001年版，第770页。

④ 周振晓：《关于自首及立功者处罚中的几个问题》，载《人民检察》2002年第8期。

⑤ 尽管这里的法定刑有依情节轻重的分档问题。如故意杀人罪的法定刑为3年以上10年以下、10年以上至死刑两档；强奸、抢劫罪亦是同样的两个档次。但对最严重的杀人、强奸、抢劫等罪，如果行为人仅仅因为犯罪后自首且有重大立功而必减为10年以下有期徒刑，未必就彻底符合罪责刑相适应原则，也未必就体现出刑罚的公平和公正。

⑥ 如果要对现行的减轻处罚制度予以突破（或曰完善），应从两个方面着手：一是对于法定最低刑的重新界定，二是对于减轻幅度的掌握。对此笔者将在下边的相关问题中作专门论述，以提出自己的设想。

（构成要件）相对应，在刑法（刑罚法规）各该条（本条）中规定的刑罚（立法阶段的刑罚）。[①] ②法定刑是刑法分则及其他刑事法律中的分则性规范对各种具体犯罪规定的刑罚的种类与幅度；[②] ③法定刑是指刑法分则对各种犯罪所规定的应处刑罚的标准，它包括适用刑罚的种类和量刑幅度，是人民法院量刑的法律准绳。[③] ④法定刑是指刑法分则及其他分则性刑法规范对各种犯罪定型所规定的由刑罚种类、刑罚幅度和/或量刑档次所组成的具有一定结构的量刑空间。[④] ⑤法定刑就是法定刑罚，即法律规定的刑罚种类、期限和刑罚幅度。"法定刑"一词的内涵和外延具有多层次的特征，一般情况下，法定刑指的是刑法分则条文规定的刑罚幅度。但在有些情况下，它还包括刑法总则规定的刑罚种类、期限。这是因为有时仅以刑法分则的条文还无法确定该条刑罚幅度的期限只有依照总则的有关规定才能确定相应的刑罚期限。[⑤]

实际上，上述几种观点都有一定的道理，只不过是从不同的角度考察法定刑而得出的结论罢了。笔者认为，法定刑有不同含义，不同情况下内容有所不同。

由于和减轻处罚相关的是"法定最低刑"，所以如何理解和选择"法定最低刑"就成为正确适用减轻处罚的关键环节。怎样选择和确定法定最低刑，刑法学界有不同认识。当一个罪名只有一个刑罚幅度时，一般不会出现歧义，但是当某一罪名规定了若干个刑罚幅度时，就存在着确定法定最低刑的问题。如对于交通肇事罪，《刑法》第 133 条就规定了 3 年以下有期徒刑或者拘役、3 年以上 7 年以下有期徒刑和 7 年以上有期徒刑 3 个不同的量刑档次；对于故意伤害罪，《刑法》第 234 条就规定了 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制、3 年以上 10 年以下有期徒刑和 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑 3 个不同量刑档次，而且第一和第三个量刑档次里面分别包含了 3 个不同的刑罚种类。在这种情况下，如何理解法定最低刑，刑法学界存在 3 种不同的观点：

---

① 参见［日］木村龟二主编：《刑法学词典》，顾肖荣等译，上海翻译出版公司 1991 年版，第 428 页；张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社 1999 年版，第 409 页；［意］杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 346 页。

② 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版，第 338 页；赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 443 页；张明楷：《刑法学》（下），法律出版社 1997 年版，第 527 页；陈兴良主编：《刑法学》，复旦大学出版社 2003 年版，第 337 页。

③ 参见林准主编：《中国刑法教程》，人民法院出版社 1989 年版，第 283 页；刘远：《法定刑基本理论研究》，载中国人民大学法学院刑法专业编写的《刑事法专论》（下），中国方正出版社 1998 年版，第 1064 页。

④ 参见赵秉志主编：《刑法总论问题探索》，法律出版社 2003 年版，第 95 页。

⑤ 参见程宗璋：《浅谈量刑情节与法定刑——兼与吴学斌、王声同志商榷》，载《青海民族学院学报（社科版）》，2001 年 1 月第 27 卷第 1 期。

（1）罪名说[①]。该说认为这里的法定刑是指某个罪名的整体量刑幅度，不论某罪有几个量刑档次，减轻处罚都是指在整个法定刑的最低限度以下判处刑罚。如《刑法》第232条对故意杀人罪规定的死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑和3年以上10年以下有期徒刑，就构成了完整的故意杀人罪的法定刑体系，如果某人犯故意杀人罪而具有减轻处罚情节的，就应当在3年有期徒刑以下判处刑罚，这种观点现在已被刑法理论界所抛弃。

（2）条文说。该说主张，同一罪名根据不同的犯罪情节，可能在不同条文中规定不同的刑罚幅度。某罪的法定最低刑应该以“条”的规定为基本单位，而不宜按罪名跨条并计。如在1979年《刑法》中，其第151条和第152条都有关于盗窃罪的处刑幅度，不应把两个不同条文规定的刑罚幅度概括成为盗窃罪的法定刑，并对具有减轻处罚情节的行为人，一律在该法定刑最低限度下判处刑罚。[②]

（3）幅度说。[③] 也称为“构成类型说”。[④] 该说认为，“根据国家法律的规定，一个犯罪可以有几个犯罪构成”，[⑤]“法定刑只能由具体犯罪构成决定，刑法不可能为某个或者某些量刑情节配置法定刑。……对于这类集合构成类型的犯罪，如果按照罪名确定法定刑，必然导致理论和实践上的一系列谬误。”[⑥] 刑法分则往往在同一个条文中的各款、项中，规定若干不同的刑罚幅度，这种情况下就不能简单以条为单位、更不能以罪名为单位，从整体上视为一个法定刑，而应该承认各款、项规定的量刑幅度具有独立的意义，也就是说，这些量刑幅度是针对各个具体犯罪构成而做出的。减轻处罚既可以在整个法定刑以下判处刑罚，也可以在法定刑中的某个幅度以下判处刑罚，应当根据案情轻重和量刑情节对量刑影响的大小确定。也就是说，法定最低刑并非笼统地指某一特定犯罪的法定最低刑，而是指与行为人所实施的特定具体犯罪相适应的法定刑所包括的具体量刑幅度的最低刑。

为了进一步论证“幅度说”的合理性，有学者提出了“罪名法定刑”和“罪行法定刑”的概念。认为刑法分则对各个具体罪名所规定的最高刑至最低刑的整个刑罚幅度，是该罪名的法定刑，它是为整个罪名设定的，因而是抽象的，不针对各个具体犯罪行为的（只有一个刑罚幅度的除外）。当人们笼统讲某一罪名的

---

① 参见杨春洗等：《刑法总论》，北京大学出版社1981年版，第251页。

② 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社1992年版，第612页。

③ 参见赵秉志、吴振兴主编：《刑罚学通论》，高等教育出版社1994年版，第390页；黄祥青：《滞后与超越：新刑法实施中的若干问题与对策》，载《现代法学》1999年第3期；莫开勤：《量刑规则研究》，载中国人民大学法学院刑法专业编写：《刑事法专论》（上），方正出版社1998年版，第387页。

④ 参见马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第343页。

⑤ 高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社1988年版，第397页。

⑥ 赵廷光：《论定罪、法定刑与量刑》，载《法学评论》1995年第1期。

法定刑时即指此。它的功效表明某一罪名的整体刑罚幅度，反映立法者对这种犯罪总体的否定评价。所谓“罪行法定刑”是指针对具体犯罪行为设定的法定刑。在某一罪名的法定刑分设了几个刑罚档次的场合，这些不同层次的刑罚幅度，分别是针对危害后果、犯罪情节、犯罪数额等表明社会危害程度不同的犯罪行为而设立的，因而是具体的。当人们讲某一具体犯罪行为所应适用的法定刑时则是指此。凡一个具体的犯罪行为，只要该行为所触犯的罪名的刑罚幅度是多个的，就只能以其中某一个具体的刑罚档次作为量刑幅度，再根据已有的量刑情节决定是在该法定刑限度内从重或从轻量刑，还是突破限度减轻量刑。因此，对任何一个具体的犯罪行为而言，只有该行为所该当的具体刑罚幅度才是它的法定刑，而不可能是整个罪名的刑罚幅度。①

上述“罪名法定刑”和“罪行法定刑”的观点无疑具有进步意义，但是笔者认为，在我国刑法规定了若干个刑格②的情况下，一个“罪行法定刑”有可能包含若干个刑格，因此还应该更进一步将法定刑细化到具体刑格的程度，才能正确适用刑法规定的各种量刑情节。这里笔者姑且称之为“刑格法定刑”。如某人犯抢劫罪，在没有加重情节的情况下，其适用的刑罚应该是《刑法》第 263 条第 1 款前段规定的 3 年以上 10 年以下有期徒刑，这里就包含了 10 年有期徒刑、7 年有期徒刑、5 年有期徒刑、3 年有期徒刑等四个刑格。因而在将刑法规定的各种量刑情节适用到具体的犯罪前，必须预先选定该罪行所符合的基准刑格，以此为基础，凡从重、从轻情节均在该刑格以内适用刑罚，加重、减轻情节则突破该刑格适用刑罚。全国人大常委会 1983 年《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》中规定了加重处罚。全国人大常委会法制工作委员会所作的起草决定的说明中指出：“不是可以无限制地加重而是罪加一等，即在法定最高刑以上一格判处。”减轻处罚是与加重处罚相对的，从理论上进行反向推论可得出：减轻也不能无限制地减轻，应限于在法定最低刑以下一格判处③，因而理解为减轻一格也是完全正确的。

就本案而言，如果按照罪名说和条文说的观点，对于三被告人的量刑，如果要适用减轻处罚，则均应该在拘役之下具体裁量，因为刑法第 383 条规定的贪污

---

① 参见程宗璋：《浅谈量刑情节与法定刑——兼与吴学斌、王声同志商榷》，载《青海民族学院学报（社科版）》，2001 年 1 月第 27 卷第 1 期。

② 从刑法理论上，学者们将我国刑法规定的刑罚划分为死刑、无期徒刑、15 年有期徒刑、10 年有期徒刑、7 年有期徒刑、5 年有期徒刑、3 年有期徒刑、2 年有期徒刑、1 年有期徒刑、6 个月有期徒刑、拘役和管制等具体的格。

③ 参见胡学相：《完善刑法中量刑规定的立法构想》，载《现代法学》1996 年第 2 期。

罪的法定最低刑拘役，这显然是不符合罪责刑相适应原则的；如果按照幅度说的观点，根据判决书认定，本案三被告人所犯贪污罪均属于“数额特别巨大、情节特别恶劣”，其所对应的法定刑应该是死刑，如果适用减轻处罚，对于三被告人均应该在死刑之下量刑，再退一步，即使考虑到各被告人在共同犯罪中的作用，对于被告人罗以军和乔发科，如果按照“罪行法定刑”的观点，则要对应十年以上有期徒刑或无期徒刑这个法定刑幅度，如对罗以军和乔发科适用减轻处罚，则要在 10 年之下量刑。而 10 年之下有期徒刑跨越了 6 个月、1 年、2 年、3 年、5 年和 7 年有期徒刑共 6 个刑格，在我国目前刑法分则性条文中，许多法定刑都是跨越轻重不等的若干个刑格，如果按“罪行法定刑”的适用方法，难免仍有轻纵犯罪之嫌。正如有学者所指出的，立法本意中的减轻处罚应是在若无这些减轻情节时当初的最低刑以下判处刑罚，此时有可能低于分则正条中的法定最低刑，那只是一部分情况，大部分仍在法定刑幅度内。[①]

实际上，如果按照刑格法定刑的观点，上述弊端就可以得到有效避免。在本案中，仅就三被告人所犯贪污罪而言，被告人褚时健所犯罪行对应的刑格是死刑，所以减轻处罚就在死刑之下一格内选择要适用的刑罚，那就是无期徒刑；对于被告人罗以军考虑到其在共同犯罪中的地位和作用，在不考虑其它酌定情节的情况下，可以认定其所犯罪行对应的刑格是无期徒刑，如对其适用减轻处罚时，则应该考虑在 15 年有期徒刑这一刑格上量刑；对于被告人乔发科的罪行，对应的法定刑应该在 10 至 15 年这个刑格之内，如果对其适用减轻处罚，则要考虑在 10 年之下，也就是在 7 至 10 年这个刑格范围内量刑。当然这是在不考虑其他任何酌定处罚情节的基础上所做出的判断，如果还有其他需要考虑的量刑情节，也应该按照上述刑格的选择方法予以适用。

2. 减轻处罚的幅度

外国刑法在减轻处罚的幅度与限制上的规定也各不相同。如《韩国刑法典》第 55 条规定的减轻方法是：如果法定刑幅度仅有一个刑种的，直接对其减轻，如果存在两个以上刑种的，则要先确定应该使用的刑种，然后再将该刑种予以相应减轻。其减轻的具体操作方法是：死刑可减轻为无期徒刑和 10 年以上有期徒刑、无期徒刑可减为有期徒刑、丧失资格减轻为 7 年以上停止资格；有期徒刑、停止资格、罚金、拘留以及科料等刑种是减轻至二分之一。[②]《日本刑法典》第

① 范忠信：《刑法典应力求垂范久远——论修订后的“刑法”的局限与缺陷》，载《法学》1997 年第 10 期。

② ［韩］金永哲译、韩大元校对、赵秉志专业审校：《韩国刑法典及单行刑法》，中国人民大学出版社 1996 年版，第 10 页。

68 条规定的具体减轻方法是：死刑减轻时，减为无期惩役或者无期监禁或者 10 年以上的惩役、监禁；无期惩役或者无期监禁减轻时，减为 7 年以上有期惩役或者有期监禁；有期惩役、有期监禁和罚金减轻时，都是将最高刑期或者最高数额以及最低刑期或者最低数额减轻去二分之一；拘留和科料减轻时都是指将最高刑期或者最高数额减去二分之一。[①]《俄罗斯联邦刑法典》第 62 条规定“在具有本法典第 61 条第 1 款第 9 项和第 10 项所规定的减轻情节而没有加重情节的情况下，刑罚的期限或数额不得超过本法典分则有关条款规定的最重刑种最高刑期或数额的四分之三”。[②] 而《意大利刑法典》中，一般情况下是减轻本刑至三分之一，处无期徒刑的则减为一定限度的有期徒刑。《瑞士刑法典》规定，法定减轻时，对不同性质的刑种减为不同的处断刑；酌定减轻时，则受该刑种法定最低刑期之限制。《奥地利刑法典》没有区分法定减轻与酌定减轻，依其第 41 条规定，一般情况下只能在法定刑幅度内减轻，如果行为人决无再实施犯罪可能的，才可以判处低于法定最低刑的刑罚。《联邦德国刑法典》规定，最低度为 2 年以上有期徒刑者法定减轻时同时减轻最高度和最低度，酌定减轻最低度不满 2 年的自由刑的法定减轻则只能以最低度为限；终身自由刑减轻以自由刑代之。

我国刑法对减轻处罚没有规定具体的限度，早在刑法草案第 22 稿第 63 条曾经对减轻处罚作了具体规定，即最低刑为无期徒刑的，可以减到 10 年以上有期徒刑；最低刑为 10 年以上有期徒刑的，可以减到 7 年有期徒刑；最低刑为 7 年有期徒刑的，可以减到 5 年有期徒刑；最低刑为 5 年有期徒刑的，可以减到 3 年有期徒刑；最低刑为 3 年有期徒刑的，可以减到 1 年有期徒刑；最低刑为 1 年有期徒刑的，可以减到拘役；最低刑为 6 个月有期徒刑、拘役、管制或者罚金的，可以免除处罚。这一规定在当时应该说是比较恰当的，但是在讨论过程中，认为太琐细，限制过死，后来就删除了，具体减多少由人民法院根据每一案件的具体情况去斟酌办理。[③] 这种观点即使在今天看来也具有现实意义，这个减轻的梯度与笔者所主张的“刑格减轻制”除在无期徒刑减轻幅度和拘役、管制、罚金刑的减轻上有些许差距外，大致相同。

对于如何理解我国减轻处罚的限度，理论上有三种观点[④]：①认为减轻处罚

---

① 《日本刑法典》，张明楷译，法律出版社 1998 年版，第 19—27 页。

② 参见［俄］斯库拉托夫、列别捷夫主编：《俄罗斯联邦刑法典释义》，黄道秀译，中国政法大学出版社 2000 年版，第 153—154 页。

③ 参见高铭暄主编：《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》，法律出版社 1981 年版，第 93—94 页。

④ 参见苏惠渔等：《量刑情节中从重、从轻、加重、减轻的科学含义及其定量研究》，载《量刑方法研究专论》，复旦大学出版社 1991 年版，第 117 页。

既包括刑期的减轻，也包括刑种的减轻，还可以减到免除处罚；②认为减轻处罚既包括刑期的减轻，也包括刑种的减轻，但不能减到免除处罚；③认为减轻处罚只能是刑期的减轻，而不包括刑种的减轻。笔者赞同第二种观点，如前所述，笔者主张采取“刑格减轻制”，我国关于刑格的划分既包括了刑种的内容、也包括了刑期的内容，此外减轻处罚和免除处罚毕竟是两种不同性质的量刑情节，即使是有数个减轻处罚情节，也不能升格为免除处罚。对于笔者赞同的刑格减轻制，有论者提出了批评，认为各个格之间差距不一、有失公平，进而提出了“定幅减轻制”，并再将这个“幅”固定为 3 年①，笔者不同意这种见解，实际上，我国刑法规定的“格”之间的差距逐渐缩小，正反映了在对重罪减轻时，幅度要适当大一些，对轻罪减轻时，幅度要适当小一些的比例原则。

除此之外，“刑格减轻制”还可以解决当前作为理论界通说的“幅度减轻制”的缺陷问题：①由于不同犯罪的法定刑幅度宽严不同，由此造成相同的减轻处罚情节却在减轻的程度上区别过大。以杀人罪和贪污罪为例，前者为宽幅度法定刑，即犯故意杀人罪的，处死刑、无期徒刑和 10 年以上有期徒刑；而后者为多档次法定刑，即个人贪污数额在 10 万元以上的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。如果 1 名杀人犯与 1 名贪污犯都应该判处死刑但均具有自首与重大立功表现，则对前者就应当在法定最低刑 10 年以下有期徒刑（不含 10 年）的幅度内裁量刑罚而对于后者，一般说来只能减为无期徒刑，正如本案中对于被告人褚时健的裁判。显见两罪的减轻幅度极不平衡。②对于杀人、抢劫等严重刑事犯罪来说，由于其法定刑幅度均定得较宽，在遇上犯罪情节特别严重与上述法定的必减情节相竞合时，则容易导致实际处刑严重背离罪刑相适应、相均衡的刑法基本原则，造成罚不当罪。例如，对于一个多次杀人抢劫的罪犯，因其具有自首和重大立功表现而仅处十年以下有期徒刑，则显然有轻纵罪犯之虞。③对于有些法定最低刑定得较高的严重刑事犯罪，其减轻后应当适用的法定刑幅度缺乏必要的限制。例如《刑法》第 239 条规定，一般绑架罪法定刑是 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。若犯本罪且具有减轻处罚情节，是否低于 10 年直至 6 个月的有期徒刑，甚至包括拘役、管制刑均属于本罪减轻后应当适用的处罚幅度呢？如果是这样，显然失之过宽；若否定这种理解，则又于法无据。②

---

① 参见姜冬：《试论减轻处罚的幅度》，载《律师世界》2003 年第 1 期。

② 参见黄祥青：《滞后与超越：新刑法实施中的若干问题与对策》，载《现代法学》1999 年第 3 期。

### （三）法定减轻处罚情节的具体运用

在确定了法定最低刑和减轻刑罚的幅度后，似乎减轻处罚的适用已变得相当简单，其实不然，这只不过是解决了具体个罪具有单一法定减轻法处罚情节的适用问题，在褚时健案中，法定减轻处罚情节本身存在于一个多幅度情节中，同时又与酌定减轻情节并存，还牵涉到数罪并罚的问题，运用起来相当复杂。

1. 多个减轻处罚情节并列时的适用

对于一案件有多个减轻处罚情节的情况如何处理，我国刑法并未予以明确。外国的立法例中，规定也极不统一。如《德国刑法典》第 50 条规定，某一情况单独或与其他情况竞合，构成减轻处罚，并同时属于第 49 条规定的特别法定减轻理由的，只能减轻一次。[①] 也就是说，在德国刑法中，对存在多个减轻处罚情节的，不能分别适用减轻，而只是考虑一次。而《韩国刑法典》中则做出了完全相反的规定，该法典第 55 条第 2 项规定，法律上可以减轻的事由有数项时，可以重复减轻。[②]《意大利刑法典》第 63 条第 2 款规定，如果存在数个减轻情节，刑法的减轻以实行前一项减轻后所产生的刑罚数量为基础实行。在第 67 条又对此作了限制，当存在数项减轻情节时，因减轻处罚而适用的刑罚不得低于：（1）15 年有期徒刑，如果法律为有关犯罪规定的是死刑；（2）10 年有期徒刑，如果法律为有关犯罪规定的是无期徒刑。其他刑罚均予减轻。[③] 可见这里一方面允许多个减轻处罚情节重复适用，另一方面又做出了最低限制。

对此，笔者认为当数个减轻处罚情节并存时，应选择与全案相当的刑格，根据减轻情节的情况和数目，依次降低所要适用的刑格，逐步增大减轻刑罚的份量，直至罪刑相适应。因为在按照“刑格减轻制”的场合，每一个减轻情节都反映了行为人人身危险性的减损，同时适用数个减轻情节不会出现量刑畸轻和违反罪责刑相适应的情况，对下限的限制是数个减轻情节不能合并为一个免除处罚情节，因为减轻处罚与免除处罚是两种不同的量刑制度。在本案中，因为三被告人除了有法定减轻处罚情节外，根据判决书的论述，都还具有酌定减轻处罚的情节，所以具体适用的程序应该是：对于被告人褚时健的贪污罪而言，首先确定其罪行对应的法定刑为死刑，然后适用法定减轻处罚情节（自首后又有重大立功）将其刑罚减轻为无期徒刑，再进一步考虑其酌定减轻处罚情节，在 15 年有期徒

---

① 《德国刑法典》，徐久生、庄敬华译，中国法制出版社 2000 年版，第 58 页。

② 《韩国刑法典及单行刑法》，［韩］金永哲译、韩大元校对、赵秉志专业审校，中国人民大学出版社 1996 年版，第 10 页。

③ 《意大利刑法典》，黄风译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 25—27 页。需要指出，上述关于死刑经若干次减轻也不能低于 15 年有期徒刑的规定已经废止。

刑的刑格上决定该罪的最终刑罚；对于被告人罗以军，首先确定其罪行所对应的法定刑为无期徒刑，然后适用法定减轻处罚情节（从犯）减轻至15年有期徒刑这一刑格，然后考虑酌定减轻处罚情节减轻至10年以上15年之下这个刑格幅度内确定最终刑罚；对于被告人乔发科，首先确定其罪行对应的法定刑为15年有期徒刑这个刑格，然后考虑从犯情节，减轻至10年以上15年之下这个刑格幅度内，再考虑其他酌定情节，在此刑格之下，也就是7年以上10年之下的幅度内考虑要适用的刑罚。

2. 多幅度情节中的减轻处罚

所谓多幅度情节，亦称多功能情节，指依照法律规定具有两个或两个以上处罚幅度的量刑情节，与单幅度情节相对。在我国现行刑法中，这类情节极为广泛。因为，但凡“可以”情节，又同时都是多幅度情节。比如未遂犯，现行刑法的规定就是“可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”。再者，即使“应当”情节，也有相当一部分是这类情节。可以说多幅度情节的存在是我国刑法的一道特色风景。综观日本、德国、法国、奥地利、西班牙、瑞士、泰国、巴西、阿根廷、韩国以及意大利等国的刑法立法，除日本外，规定多幅度情节的绝无仅有。即使日本刑法，也只有防卫过当、避险过当以及中止犯等为数不多的几个情节才是多幅度情节，而且还局限于趋轻的两个幅度，即减轻或免除处罚。其余诸国几乎清一色的都只是“加重”情节和“减轻”情节这两种单幅度情节。

有学者提出，应该立刻取消这种多幅度的情节[①]，笔者认为，在目前条件下，要将我国刑法中的多幅度情节立刻废除是不现实的，首先，我国刑法中规定的各种趋轻情节，除个别外，大部分都是以此形式出现的，如要废止，则我们整个的刑事法律体系都要进行彻底改造；其次，尽管我国刑法已经达到452条，看似相当完备，但是在没有详尽如《美国量刑指南》之类的指导性文件出台前，多幅度量刑情节还有其存在价值。所以我们在目前形势下应该考虑的是如何运用好这些多幅度情节。笔者认为，正确运用多幅度情节要把握以下两点：①根据犯罪性质和罪行轻重情况决定，如果犯罪本身的社会危害性较轻，应该选择较为宽松的趋轻情节，反之，则选择较小的趋轻情节。[②] ②根据该多幅度情节的排列顺序决定[③]，一般而言，排列在前的应优先选择适用，排列在后的情节实际上是对如果适用在前的情节会造成量刑畸轻畸重结果的救济。

---

① 参见陈航：《取消多幅度情节立法的思考——兼论“从重”、“从轻”、“加重”、“减轻”及“免除处罚”规定的重构》，载《兰州商学院学报》1999年第1期。

② 参见李洁：《定罪量刑情节若干问题研究》，载《北华大学学报（社科版）》2001年第1期。

③ 参见高铭暄主编：《新编中国刑法学》，中国人民大学出版社1998年版，第371页。

在本案中，被告人褚时健犯罪后自首又有重大立功表现，应当减轻或者免除处罚。被告人罗以军和乔发科系从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。对于被告人褚时健在量刑时就应该优先考虑适用减轻处罚而不是免除处罚，因为减轻处罚是排列在前的选用情节，再者要是适用免除处罚，则明显违背罪责刑相适应原则；对于被告人罗以军和乔发科，按说应该考虑优先适用从轻处罚，但是一方面在无期徒刑这个刑格内根本无法体现从轻，另一方面如果对其仅适用从轻，又造成诸被告人之间量刑的失衡，结合被告人的具体情况，在从轻、减轻和免除这三个选择项中，法院决定适用减轻处罚是适当的。

再进一步，如果某一案件同时存在几个从轻或者减轻处罚情节时，应该考虑的原则是：如果减轻情节与从轻情节竞合的，先适用减轻情节形成处断刑，然后对其他从轻情节按上述方法予以适用。适用的结果也受处断刑幅度下限的限制，不能予以免除处罚。[①] 如果减轻处罚情节与免除处罚情节竞合的，直接适用免除处罚，减轻情节也就失去了意义。

3. 数罪与减轻处罚情节并存时的适用方法

对于一人犯数罪又同时具有减轻处罚情节的情况如何处理，我国刑法没有明文规定。对此，目前存在三种主张：[②] ①减轻处罚的效力只及于所犯重罪然后实行数罪并罚；②应当将所犯罪先予并罚，然后再行减轻处罚；③应当先对所犯数罪分别减轻处罚，然后再予合并处罚。笔者原则同意第三种主张，但认为需要做出一些修正。即当某一减轻处罚情节仅仅是与其中一罪相联系时，该情节适用该罪，而不问该罪在数罪中是重罪还是轻罪；如果某一法定减轻处罚情节与两个罪都有意义或者都没有关系时，则适用于该数罪。本案中被告人褚时健因巨额财产来源不明罪被立案侦查，在此期间，主动交代了与被告人罗以军和乔发科共同贪污犯罪的事实，以自首论；并具有检举他人重大受贿犯罪的重大立功表现，应当减轻处罚。需要注意，这里的自首是针对自己的其他犯罪（相对于巨额财产来源不明罪的贪污罪），所以也只能把有关自首犯的处罚适用于其贪污罪。这里的立功显然是针对他人罪行的，如检举、揭发他人犯罪行为，提供侦破其他案件的重要线索等，它不是针对自己某一犯罪的立功，该立功从整体上反映了犯罪分子具有对国家或社会有利的行为和表现，因而国家应对其予以鼓励和奖励，这种奖励是通过对其从宽处罚来体现的[③]，所以仅仅将减轻处罚适用于重罪的方法是不科

① 参见莫开勤：《量刑方法改革初探》，载《法学家》1997 年第 6 期。

② 参见黄祥青：《多种量刑情节的适用原则与方法探讨》，载《人民司法》2003 年第 2 期。

③ 参见周振晓：《关于自首及立功者处罚中的几个问题》，载《人民检察》2002 年第 8 期。

学的，在本案中自首并有重大立功表现的减轻就应该适用到褚时健的贪污罪上，而对于其巨额财产来源不明罪来说，仅仅具有一个重大立功的情节，按照《刑法》第68条的规定，这是一个可以从轻或者减轻的处罚情节，所以法院在对其巨额财产来源不明罪量刑时就没有考虑予以从轻或者减轻，而是判处了本罪的法定最高刑——五年有期徒刑。

再进一步考虑，如果减轻处罚适用于全部犯罪，是先并罚后减轻还是先分别减轻后并罚？笔者认为应该先分别减轻，然后再数罪并罚。如果采用先予合并处罚，再行减轻处罚的方法，则容易产生数罪并罚的效果无法体现的弊端。在此仅以褚时健的案子予以说明。如对其贪污罪应该判处15年有期徒刑，对其巨额财产来源不明罪应该判处5年有期徒刑。先合并处罚则应在15年以上20年以下判处刑罚。若再减轻处罚，则必然在10年以上15年之下的幅度内最终决定宣告刑。如果相反，我们采用先分别减轻处罚后并罚的方法，倘若上述两罪分别减轻后的刑罚为13年和4年有期徒刑，再行并罚则可在13年以上17年以下判处刑罚，其最低刑相差3年，尤其是如果按照前一种方法判处被告人10年有期徒刑，则与单纯考虑一个贪污罪并减轻处罚的效果并无太大区别。另外，如果是先并罚的话，这里并罚以后的刑期已经是宣告刑而不是法定刑了，这与减轻处罚所要求的“在法定刑之下判处刑罚”也不相符合。

## 七、酌定量刑情节相关问题分析

被告人褚时健的辩护人提出，褚时健对玉溪卷烟厂的发展和全省的经济发展做出过重大贡献，量刑时应充分考虑被告人褚时健的功劳，从宽处理。被告人乔发科的辩护人提出，乔发科曾对玉溪卷烟厂的发展做出较大贡献，应考虑从宽。法院认为，至于被告人的历史表现反映出的主观方面的情节，可在量刑时酌情考虑。被告人罗以军重大立功表现不能成立，但其行为使检察机关及时追回流失在境外的巨额国有资产，法院认为可在量刑时作为酌定从轻情节。法院认定被告人乔发科在同案人已经向检察机关供述了共同犯罪事实后，侦查人员向其询问时作如实供述，不属主动投案，自首不能成立，但可视作认罪态度较好的情节，酌定从轻。本案中三被告人都具有酌定量刑情节，作者将对与之有关的问题作些探讨。

### （一）酌定情节及其适用原则

对于酌定情节，学者们认识并不一致。有的认为酌定情节是指刑法中虽然没有明文规定，但司法实践中可能影响人民法院对犯罪人适用刑罚的一些与犯罪事

实和犯罪人有关的情况。[①] 也有学者认为，酌定情节是指刑法虽未明文规定，但根据立法精神和审判实践，在量刑时需要酌情考虑的情节。[②] 笔者认为，酌定情节的特点首先是刑法没有明文规定，其次是酌定情节必须与行为人相关联并具有量刑上的意义，再次是酌定情节应该体现法官的自由裁量权。鉴于此，可以将酌定情节表述为：刑法没有明文规定，能够反映犯罪行为的社会危害性程度和犯罪分子的人身危险性程度，在量刑时可予灵活掌握、酌情适用的情节。这就意味着酌定情节既包括从重、从轻，还包括减轻，甚至免除处罚的情节。

常见的酌定情节主要有：①犯罪的动机；②犯罪的时间、地点等环境和条件；③犯罪的手段；④犯罪行为侵害的对象；⑤犯罪造成的损害后果；⑥犯罪分子的个人情况和一贯表现；⑦犯罪后的态度。还有学者把《刑法》第 63 条第 2 款规定的“特殊情况”也视作酌定情节[③]，还有学者提出，社会治安形势和国家刑事政策也是量刑的酌定情节。[④] 笔者认为，将社会治安形势和国家刑事政策作为量刑情节考虑是不妥当的。这些因素虽然对量刑可能会产生某种影响，但它们与犯罪人自身或犯罪行为无关，因而只能成为影响量刑的外在因素，而不是量刑情节。

笔者认为，本案中被告人褚时健和乔发科对玉溪卷烟厂和云南省经济发展做出的重大贡献、罗以军提供重要线索追回流失海外的巨额国有资产等均在一定程度上反映了行为人的人身危险性和社会危害性，可以视为酌定量刑情节。因为根据现行法律规定，犯罪分子检举、揭发他人犯罪行为，提供侦破其他案件的重要线索的可以构成立功，使犯罪分子得到从宽处理；犯罪分子被判刑后，在服刑期间有重大发明创造、阻止他人重大犯罪活动等也构成立功，可以使犯罪分子得到减刑的待遇。既然犯罪后以及服刑中的“立功”可以使犯罪分子受益，为什么犯罪前的“功劳”就不能在对犯罪分子量刑时有所体现呢？对此，并不能说是违背“法律面前人人平等”的原则，因为对犯罪后或服刑中的立功予以认可本身也蕴含着不平等。退一步说，平等注定只能成为人们不懈追求的一种过程，而很难成为一种结果。对于褚时健这样做出巨大贡献的人从宽处理，对于其他没有做出贡献的人不从宽处理，显然存在着结果的不平等。但褚时健曾为国家和社会做出过贡献，而其他人没有做出类似褚时健这样的贡献，如果一味追求平等，做出完全一样的处理，只能说在法律的层面做到了平等，但在比法律更深的道义上是否也

① 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 361 页。

② 参见高铭暄主编：《刑法学》，北京大学出版社 1998 年版，第 194 页。

③ 参见赵秉志主编：《刑法新教程》，中国人民大学出版社 2001 年版，第 362 页。

④ 参见房清侠等：《刑法理论问题专题研究》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 124—125 页。

已是平等呢？平等的认定不过是人们在一定时期，一定范围内的一种价值选择。平等本身蕴含着不平等，恐怕是一种必然的辩证法规律。其时对犯罪分子犯罪前的“功劳”，法律也应认可之，但是在适用时需做出一些相应的限制。

在认识和把握酌定情节时，绝对不能因为法律没有规定就把其视为可有可无的情节，恰恰相反，既然称其为“情节”，就更要对其予以充分注意。酌定情节是根据刑事立法精神和国家的刑事政策、从长期刑事审判实践经验中总结出来的，当案件不具有法定情节，或者法定的从重、从轻、减轻、免除处罚等情节并存、交叉的时候，酌定情节可以发挥重要的、甚至是决定性的作用。酌定情节的最大理论、实践价值在于能够保证个别公正，这就是所谓“法有限而情无穷”。

正确适用酌定情节，要注意坚持以下两个原则：

（1）客观全面原则。虽然并非每一案件都存在酌定处罚情节，但是很多案件可能存在酌定情节，甚至有时一个案件中存在若干个酌定情节。人民法院在进行刑罚裁量时，既要注意某一案件中不利于犯罪人的酌定情节，又要注意有利于犯罪人的酌定情节，从而客观全面地认定酌定情节，为准确量刑奠定基础。

（2）关联性原则。所谓关联性原则，笔者意在强调，如果将某一酌定情节考虑适用到具体的行为人时，该情节的内容必须与该行为人之具体犯罪具有相应的关联关系，如在上个世纪 90 年代初，我国关于“能人犯罪是否应该从宽处罚”的大讨论中，就有论者提出应该将所谓的“能人犯罪”界定在当时改革开放过程中出现的有关新型的经济犯罪与职务犯罪方面，从而与传统的自然性犯罪区别开来①，也就是说，所谓的“能人”的“能”就是体现在当时的各种新型经济犯罪中或者职务犯罪中，而与传统刑法上的自然犯罪没有关联，也就是说对于所谓的“能人”犯普通刑事犯罪的，也不能酌定从宽处罚。比如，可以考虑对于做出巨大经济贡献的行为人，在其犯经济犯罪（或者贪利性犯罪）的情况下，就可以考虑从宽处罚，如本案中的被告人褚时健和乔发科；再比如，为本单位科研、生产做出突出贡献的高科技企业的工程技术人员泄露商业秘密犯罪的，其先前的“功劳”就可以视为与其犯罪有关联性，量刑时就可考虑酌定从宽，如果上述人员犯强奸罪、抢劫罪等传统刑事犯罪，则不能予以从宽处罚。

**（二）对《刑法》第 63 条第 2 款中“案件的特殊情况”的理解**

所谓酌定减轻处罚，是指犯罪分子不具有刑法规定的减轻处罚情节，如果根据案件的具体情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，也可以在该最低刑以下判处刑罚。我国《刑法》第 63 条第 2 款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减

① 参见杨兴培：《对“能人犯罪”从宽处理的思考》，载《上海检察》1992 年第 5 期。

轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”这就是我国的酌定减轻处罚，但是根据该条规定，适用酌定减轻处罚，必须经最高人民法院核准。这样，在对犯罪分子适用酌定减轻处罚的情况下，做出判决的法院的裁判并不自然生效，只有报送最高人民法院核准后，方可具有法律效力。[①]《刑法》的这一规定，尽管在刑罚适用方面进一步贯彻了罪刑法定原则，对法官的自由裁量权作了进一步的限制，体现了刑事司法的严肃性，同时也为个别的特殊情况在严格的程序下的灵活处理提供了法律的依据。但是是否完美无缺，也值得商榷。规定由最高人民法院核准实际上会极大地抑制这一减轻处罚规定的作用的正常发挥，因为中国这样一个大国的复杂情况决定报请最高人民法院核准的不方便，结果必然导致很少运用这一规定。[②]

由于《刑法》第 63 条第 2 款没有列出酌情减轻处罚的情节，只是表明根据“案件的特殊情况”这一原则性规定，结果导致在理论上认识不一，在实践中很难操作。有论者指出这里的“特殊情况”可以理解为：①主观恶性不大，社会影响较小，偶尔犯罪的；②犯罪既遂后、案发前，采取积极补救措施，挽回损失，减小社会危害性的；③由于被害人的明显过错或出于义愤，引起一时的激愤而重伤、杀人犯罪的；④犯罪后案发前或取保候审期间，有阻止他人重大犯罪活动的，或有发明创造、重大技术革新的，或者对国家和社会有其他重大贡献的；⑤羁押期间，检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；⑥法定最高刑为无期徒刑、死刑，20 年后必须追诉，报经最高人民检察院核准的案件，也属于案件的特殊情况，报最高人民法院核准，也可以减轻处罚；⑦其他案件特殊情况，群众一致公认合法合情的。[③] 也有学者认为：“这里的特殊情况，从立法本意看，主要是指案件具有特殊性，如涉及政治、外交、国防、宗教、民族、统战或经济建设的重大问题，犯罪分子虽然不具有法定的减轻处罚情节，但是，从国家、全

---

① 这一规定是从 1979 年刑法第 59 条第 2 款修改而来的。1979 年刑法第 59 条第 2 款的规定，“犯罪分子不具备刑法规定的减轻处罚的情节，如果根据案件的具体情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以在法定刑以下判处刑罚”。对此，在修改刑法的研讨中主要有三种不同的意见：一是认为应当取消这一规定，因为法官根据这一规定断案，自由裁量权过大，不利于严格执法，有悖于罪刑法定原则，实践中存在较为普遍的滥用问题。二是认为该规定体现了我国刑法立法中原则性与灵活性相结合的原则，从国家利益考虑，从外交、国防、统战、民族、宗教等工作需要出发，实践中有些特殊案件，在法定刑以下判处刑罚，正是党的政策的体现，而且罪刑法定也不是绝对的，在有利于被告人的情况下，完全可以有例外；再则，使用此制度，有利于刑罚个别化的实现。三是认为应当保留，但在适用程度上应作严格的限制。最后立法机关仍采纳了保留并严格限制的意见。

② 参见刘守芬：《关于“97 刑法”与“79 刑法”若干问题的比较》，载《中外法学》1997 年第 3 期。

③ 参见阴晓光、杨荣学：《减轻处罚情节的理解与运用》，载《法学杂志》1998 年第 1 期。

局长远利益出发，需要对犯罪分子减轻处罚。”①

在当前的立法状况下，上述第一种观点的理解有失偏颇：首先该观点所列举的前三种情形，充其量也就是可以适用我国刑法关于从轻处罚的规定，即使对于激愤杀人等，在“死刑、无期徒刑或者10年以上有期徒刑”的幅度内，从轻处罚，判处10年以上有期徒刑也足以做到罪刑相当，不会产生“判处法定最低刑还是过重”的局面；其次，如果该观点所列举的这些情形都可以适用《刑法》第63条第2款的话，那么势必会有大量的案件要经过这样的程序进入最高人民法院，作为指导审判业务的最高审判机关，最高人民法院将无暇顾及其正常工作。按照第二种观点，在司法实践中能够适用酌定减轻处罚权的案件寥寥无几，几近不可能。但是不可否认，修改前的酌定减轻处罚权在实行的十几年间，尽管也暴露了一些问题，确实也有个别地方个别人把国家赋予的权力视为上下其刑的魔杖，但是瑕不掩瑜，以上问题的出现，并没有湮没它在法官对案件处理时达到情、理、法最佳价值取向中所发挥的作用。

本案中被告人褚时健对玉溪卷烟厂的发展和全省的经济发展做出的“重大贡献”、被告人乔发科对玉溪卷烟厂的发展做出的“较大贡献”、被告人罗以军“使检察机关及时追回流失在境外的巨额国有资产”、被告人乔发科“在同案犯已经供述罪行之后接受检察机关询问时的如实供述”是否属于这里所说的“特殊情况”？云南省高级人民法院的（1998）云高刑初字第1号刑事判决书，在谈到褚时健和乔发科所做出的贡献时称“被告人的历史表现反映出的主观方面的情节，可在量刑时酌情考虑”；对于罗以军帮助追回海外资产的行为，判决书称“可在量刑时作为酌定从轻情节”；对于乔发科虽不构成自首但如实供述的行为，判决书称“可作为认罪态度较好的情节，酌定从轻”。由此可见，对于上述情节，法院只是作为酌定从轻情节来处理的，也就是说，对此并未考虑适用《刑法》63条第2款规定的“酌定减轻处罚权”，实际上，根据最高人民法院1997年9月25日通过、同年10月1日施行的《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》第2条的规定，犯罪分子1997年9月30日以前犯罪，不具有法定减轻处罚情节，但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处刑罚的，适用修订前的《刑法》第59条第2款的规定。本案三被告人的贪污犯罪发生在1997年9月30日之前，按说对其完全可以经审判委员会决定后适用减轻处罚。值得注意的是，该案是“经合议庭评议并报审判委员会讨论决定”而审理终结的。即使如此，云南省高级人民法院对三被告人的减轻处罚也是依据的“自首后并有重大立功”和

① 祝铭山主编：《中国刑法教程》，中国政法大学出版社1998年版，第186页。

“从犯”等情节，并没有适用酌定减轻，由此可见，法院在认定“案件的特殊情况”上也无据可依，不敢轻易适用，这也从一个侧面反映出“酌定减轻”确实处境尴尬。

**（三）酌定减轻处罚的困惑与出路**

为了更好地贯彻罪刑法定原则，刑法修订时特意将酌定减轻处罚权的运用进行了限制，规定必须由最高人民法院核准，但实际情况是，修改后的酌定减轻处罚权并没有真正达到立法者的目的，反而使很多案件受制于繁琐的程序，无法适用酌定减轻处罚权，从而违背了罪刑法定原则，背离了立法者的初衷。另外由于在我国大量存在的经济犯罪，都是以犯罪金额的“较大”、“巨大”、“特别巨大”等作为法定刑幅度的分界点，而犯罪金额确定的情况下，“犯罪事实、情节、犯罪的性质和对社会的危害性程度”等却是千差万别的，当其失去了酌定减轻处罚权的运用和调控，必然使一部分案件判刑失衡，科刑过重，既达不到教育改造犯罪人的功能，也收不到好的社会效果，使刑罚的适用步入误区。①

笔者认为，摆脱这种窘迫状态的途径有三：

（1）立足于保留法院酌定减轻处罚权的基础上，作必要改进，放权给法官，如《日本刑法典》第 66 条就规定：“有值得酌量的犯罪情节时，可以减轻处罚”、第 67 条规定：“即使在法律上有加重或者减轻处罚的规定时，也可以酌量减轻”。

（2）充分发挥刑事司法解释的作用，用司法解释去弥补“判处法定刑的最低刑还是过重”的具体情况，对“案件的特殊情况”作列举式规定，这既方便实际操作，又可更好发挥酌定减轻处罚权的作用②，这在我国也是有先例可循的，如早在 1989 年 11 月 6 日，最高人民法院、最高人民检察院就执行《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》有关问题的解答中指出，对挪用公款在 5 万元以上，超过 3 个月未还的，但在案发前已全部归还本息的，可以视不同情况，从轻或者减轻处罚；挪用公款数额较大，进行营利活动的，但在案发前已部分或者全部归还本息的，可以分别情节，从轻或者减轻处罚。这里将“退赃”作为从轻或者减轻处罚的情节，可见通过司法解释将诸如本案中对经济发展做出的杰出贡献规定为酌定减轻处罚情节也是切实可行的。

（3）通过刑事立法，将实践中运用成熟的部分酌定减轻处罚情节法定化，这一点在修订刑法时已经得到了体现，如《刑法》第 68 条关于立功的规定、第 164

---

① 参见王子伟：《试析新刑法重订原 59 条后司法中面临的窘境及对策》，载《四川三峡学院学报》1999 年第 3 期。

② 参见刘守芬：《关于“97 刑法”与“79 刑法”若干问题的比较》，载《中外法学》1997 年第 3 期。

条关于行贿人在被追诉前主动交代向公司、企业人员行贿行为的规定、第 383 条关于个人贪污数额在 5 000 元以上不满 10 000 元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的规定、第 390 条关于行贿人在被追诉前主动交代向国家工作人员行贿行为的规定、第 19 条关于又聋又哑的人或者盲人犯罪的规定等，都是将实践中的酌定减轻情节法定化的有力佐证。

## 八、结语

1999 年 1 月 20 日零点，云南省高级人民法院（1998）云高刑初字第 1 号刑事判决书正式生效，被告人褚时健等贪污、巨额财产来源不明案尘埃落定，做为刑事诉讼程序画上了一个句号。这个案件的成功审理，体现了党和国家反腐倡廉的决心，同时也展示了我国司法机关坚持“以事实为根据、以法律为准绳”的法制原则、公正严肃执法的良好形象。

作者认为，本案反映出的刑法溯及力问题以及量刑情节的适用等还值得深入探讨。为此，作者坚持理论联系实际的方法，针对判决书中的法律适用，提出了需要探讨的三个问题：“从旧兼从轻”的刑法溯及力原则及其适用、对于“减轻处罚”的理解和适用以及酌定量刑情节的内涵和适用。

关于刑法溯及力问题，作者重点研究了法不溯及既往与“从旧兼从轻”原则、处刑轻重的比较与“轻法”的选择以及“跨法犯”的法律适用等三个问题。对于处刑轻重的比较，作者认为应该按照法定刑刑种、刑期、适用条件和附加刑的适用方式等角度进行比较。在选择“轻法”的问题上，作者主张针对具体的个罪选择所要适用的“轻法”时，要综合考虑案情，从“新法”或“旧法”中选择其一为处理案件的根据，而不能同时选择“新法”和“旧法”中有利于被告人的相关条文进行混合适用。对于“跨法犯”，作者主张应该一律适用新刑法，但是如果新刑法规定的犯罪构成要件和情节较为严格或者法定刑较重的，则应考虑在具体适用时以酌情从轻作为补充。

在法定减轻处罚情节及其适用中，作者首先在介绍了我国《刑法》中规定的 20 种法定减轻处罚情节的基础上，对本案中三被告人所具有的法定减轻情节的适用进行了分析评价。然后对与减轻处罚相关的两个基本问题（最低法定刑和减轻处罚的幅度）进行了细致的分析，进而提出了“刑格法定刑”的观点，并结合本案例对其适用作了相应论述。最后作者分别讨论了多个减轻处罚情节并列情况下的适用、多幅度情节中的减轻处罚如何适用以及数罪并罚与减轻处罚情节竞合时的具体适用。对于多个减轻处罚情节并列时，作者认为可以重复适用；对于数罪与减轻处罚情节并存时，要将各罪分别减轻后再行并罚。

对于酌定量刑情节，作者主要探讨了酌定情节的适用原则、对《刑法》第63条第2款中“特殊情况”的理解以及酌定减轻处罚权等三个问题。指出酌定情节绝非可有可无，相反的，酌定情节的正确适用能够弥补法律过于抽象的不足，从而保证实现个别公正。在适用酌定情节时要注意遵循客观全面原则和关联性原则。对于《刑法》第63条第2款中的“特殊情况”，作者认为应该由有权机关做出列举式规定。修订后的刑法对酌定减轻处罚权的适用程序作了严格限制，造成了酌定减轻处罚进退两难的局面，为此，作者建议通过赋予法官自由裁量权、完善刑事司法解释和将部分酌定减轻处罚情节法定化等途径来增加酌定减轻处罚制度的活力。

（撰稿人　臧爱存*）

* 国务院法制办干部，中国人民大学刑法学博士研究生。

# 附录：

## 云南省高级人民法院刑事判决书

（1998）云高刑初字第1号

公诉机关：云南省人民检察院

被告人褚时健，男，1928年2月1日生，汉族，高中文化，云南省华宁县人，原系云南玉溪红塔烟草（集团）有限责任公司董事长、总裁，住玉溪卷烟厂职工宿舍。1997年2月8日因本案被监视居住，同年7月10日被逮捕。现羁押于云南省公安厅看守所。

辩护人马军、罗涛，云南震序律师事务所律师。

被告人罗以军，男，1953年6月13日生，汉族，大专文化，云南省通海县人，原系云南玉溪红塔烟草（集团）有限责任公司总会计师，住玉溪卷烟厂职工宿舍。1997年8月8日因本案被刑事拘留，同年8月22日被逮捕。现羁押于云南省公安厅看守所。

辩护人王北川、何京，云南北川律师事务所律师。

被告人乔发科，男，1938年9月5日生，汉族，硕士研究生文化，云南省晋宁县人，原系云南玉溪红塔烟草（集团）有限责任公司副董事长、副总裁，住玉溪卷烟厂职工宿舍。1997年8月8日因本案被刑事拘留，同年8月22日被逮捕。现羁押于云南省公安厅看守所。

辩护人宦锐，云南东陆律师事务所律师。

云南省人民检察院于1998年8月6日以被告人褚时健犯贪污罪、巨额财产来源不明罪，被告人罗以军、乔发科犯贪污罪向本院提起公诉。本院受理后，依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。云南省人民检察院检察员朱建伟、毛健谊、郑波出庭支持公诉，被告人褚时健及其辩护人马军、罗涛，被告人罗以军及其辩护人王北川、何京，被告人乔发科及其辩护人宦锐，证人刘瑞麟等到庭参加诉讼。本案经合议庭评议并报本院审判委员会讨论决定，现已审理终结。

起诉书对被告人褚时健、罗以军、乔发科分别提出三项指控，法庭审理中，控、辩双方针对指控的事实、罪名及相关情节，当庭举证、质证和辩论，三被告

人作了最后陈述。综合双方争议及各自理由，本院评判如下：

一、起诉书指控：1993 年至 1994 年，玉溪卷烟厂在下属的香港华玉贸易发展有限公司（简称华玉公司）存放销售卷烟收入款（也称浮价款）和新加坡卷烟加工利润留成收入款共计 28 570 748.5 美元。褚时健指使罗以军将该款截留到玉溪卷烟厂和华玉公司的账外存放，并规定由其签字授权后才能动用。1995 年 6 月，褚时健与罗以军、乔发科先后两次策划将这笔款先拿出 300 万美元进行私分。褚决定自己要 100 多万美元，给罗以军、乔发科每人 60 至 70 万美元，华玉公司总经理盛大勇（在逃）、华玉公司副总经理刘瑞麟（另案处理）也分一点，并把钱存放在新加坡商人钟照欣的账户上。1995 年 7 月 15 日，罗以军身带褚时健签字的四份授权委托书到达深圳，向盛大勇、刘瑞麟转达了褚的旨意，盛、刘亦同意。罗以军在授权委托书上填上转款数额，褚时健为 174 万美元，罗以军为 681 061 美元，乔发科 68 万美元，盛大勇和刘瑞麟 45 万美元。罗将填好转款数额的授权委托书和向钟照欣要的收款银行账号交给盛大勇，叫盛立即办理。7 月 19 日，盛大勇将 3 551 061 美元转到钟照欣的账号上。罗以军返回玉溪卷烟厂后，将办理情况报告了褚时健、乔发科。上述款项案发后已追回。

对指控的这一事实，公诉机关当庭宣读和出示了下列证据：

1. 华玉公司的账页，以证明玉溪卷烟厂在华玉公司存放销售卷烟收入款（浮价款）和卷烟加工利润留成款共计 28 570 748.5 美元。褚时健等人汇出的 3 551 061美元属上述款项中的一部分。

2. 被告人褚时健、罗以军、乔发科在侦查期间的陈述，以证明三被告人预谋私分美元的经过。

3. 华玉公司的调账凭证，华玉公司副总经理刘瑞麟记录的调账备注和刘瑞麟的证言，以证明被告人罗以军持被告人褚时健签字的授权委托书到华玉公司调账的经过。

4. 银行转款凭证和银行收款凭证，以证明从华玉公司汇出款项的时间、金额及收款银行和账号。

5. 新加坡商人钟照欣证言，以证明被告人褚时健等人将款汇到他在香港汇丰银行账户存放的经过。

6. 扣押款项凭证，以证明案发后款项已全部追回。

公诉机关认为，被告人褚时健、罗以军、乔发科利用职务之便，共同私分公款，数额特别巨大，均已构成贪污罪。在共同犯罪中，被告人褚时健提出犯意，起指挥作用，系主犯；被告人罗以军实施转款行为，被告人乔发科参与私分，均系从犯。

被告人褚时健、罗以军、乔发科当庭陈述的事实与指控事实基本一致。被告人褚时健提出，预谋私分美元的数额与指控贪污的数额有出入。

被告人褚时健的辩护人对指控提出三点异议：第一，各证据间反映出的数额与起诉书认定的数额存在矛盾；起诉书认定三被告人各自贪污的美元数额，只有罗以军的供述，没有其他证据证实。第二，三被告人私分的是销售卷烟价款，属账外资金，私分的决定是集体作出的，故应定集体私分国有资产罪，指控贪污的罪名不能成立。第三，款项转到新加坡商人钟照欣账户，被告人并未实际占有，属犯罪未遂。

被告人罗以军的辩护人提出，被告人褚时健指使被告人罗以军将3 551 061美元从华玉公司账上转到新加坡商人钟照欣在香港的银行账户存放，这一行为只是为三被告人私分创造了条件，款项并未按预谋的份额为各人控制，公款的性质没有改变，事后也以玉溪卷烟厂的名义将款全部转回，故三被告人行为属犯罪预备。

被告人乔发科的辩护人提出，被告人乔发科仅有犯意表示，没有实施犯罪行为，也没有实际占有私分的美元，指控其贪污不能成立。

本院认为，指控被告人褚时健、罗以军、乔发科共同私分公款3 551 061美元的基本事实清楚，基本证据充分，三被告人亦予供认。对争议的数额，本院确认三被告人在预谋私分美元时，商定褚时健100多万，罗以军、乔发科各60万到70万，最后实际转款3 551 061美元的事实。

关于被告人褚时健的辩护人提出应当定集体私分国有资产罪的观点，本院认为，集体私分国有资产罪属单位犯罪，犯罪的主体是单位，犯罪的客观方面表现为单位决定，集体私分。被告人褚时健、罗以军、乔发科以个人非法占有为目的，利用职务上的便利，采用秘密的方式私分公款，既不属单位行为，也不是集体私分，不符合集体私分国有资产罪的基本特征。因此，辩护人的这一意见不予采纳。

关于被告人褚时健的辩护人提出属犯罪未遂的观点，被告人罗以军的辩护人提出属犯罪预备的观点，被告人乔发科的辩护人提出乔发科属犯意表示的观点，本院认为，三被告人主观上有共同私分公款的故意，客观上已将公款从华玉公司的银行账户转到钟照欣的账户，这一过程完成后，玉溪卷烟厂华玉公司都对该款失去了占有和控制，实际支配权在被告人，款项的所有权已被非法侵犯，三被告人的行为符合贪污罪的全部构成要件，属犯罪既遂，故三辩护人的意见均不予采纳。

综上所述，被告人褚时健、罗以军、乔发科利用职务之便，共同私分公款

3 551 061美元（按当日外汇牌价折合人民币 28 741 577 元），其行为均已构成贪污罪，且数额特别巨大。在共同犯罪中，被告人褚时健起主要作用，系主犯；被告人罗以军、乔发科系从犯。公诉机关指控的基本事实和罪名成立，本院予以确认。

二、起诉书指控：1995 年 11 月中旬，褚时健指使罗以军将华玉公司账外存放的浮价款银行账户及相关的资料销掉，把剩余的 1 150 多万美元以“支付设备配件款项”的名义全额转出。褚决定自己要 1 150 多万美元，并拿给罗以军一个钟照欣提供的用英文打印的银行收款账号，叫罗把钱转存到该账户。罗以军在褚时健给的收款账号上注明 1 156 万美元，连同褚时健签字的授权委托书一起带上，到深圳找到华玉公司总经理盛大勇，叫盛立即办理。1996 年 1 月 23 日，钟照欣提供给褚时健的账户上收到了 1 156 万美元。上述款项案发后已全部追回。

对指控的这一事实，公诉机关当庭宣读和出示了银行转款凭证，银行收款凭证，证人罗以军、刘瑞麟、钟照欣的证言，以证明被告人褚时健指使罗以军将华玉公司银行账户上的 1 156 万美元转到新加坡商人钟照欣在境外银行开设的账户的过程，被告人褚时健及其辩护人对转款的事实无异议。

被告人褚时健辩解：叫罗以军销掉存放浮价款的银行账户，并把账户上的余款 1 500 多万美元全部转到钟照欣的账户上，是因为即将交出工作，为了掩盖私分 355 万美元的事实；款转出后是为玉溪卷烟厂支付购买烟丝膨胀设备款，并不是自己要。

辩护人提出，指控褚时健主观上具有非法占有故意的证据不足。

公诉机关针对被人褚时健的辩解和辩护人的意见，进一步宣读和出示了下列证据：

1. 罗以军证言，证明“褚时健说自己要 1 150 万美元”；同时证明“褚时健给我一个用英文打印的银行账号用以转款”。

2. 钟照欣证言，证明“褚对我说要转一笔款到我账上，向我要个账号……我专门买了个公司，开设了银行账户，把账户提供给褚，款转到了这个账户上”。

3. 合同书、付款凭证，证明被告人褚时健辩解的购买烟丝膨胀设备的款项，是由其他途径支付的。

公诉机关认为，上述证据充分证实被告人褚时健主观上具有非法占有的故意，辩解不能成立。因此，被告人褚时健的行为已构成贪污罪。

被告人褚时健对罗以军、钟照欣的证言表示异议。辩护人指出，罗以军、钟照欣的证言均存在重大矛盾，不能作为认定事实的根据。

法庭依法传罗以军出庭作证。罗以军在当庭作证时，证明褚时健说过转出的

美元用作赞助款和其他开支。

本院认为，被告人褚时健指使罗以军将华玉公司账户上的 1 156 万美元转到钟照欣在境外的银行账户上，这一事实清楚，双方并无争议。争议的焦点是指控被告人褚时健具有非法占有的主观故意，证据是否充分；争议的实质是被告人褚时健的行为是否具备贪污罪的主观要件，构成贪污罪。经审查：

1. 罗以军的证言不能作为认定事实的根据。罗以军直接实施转款行为，在这一指控中有利害关系，作为证人作证时，证言的内容前后不一，特别是出庭作证的内容与开庭前所作证言有重大变化，在重要情节上自相矛盾，对辩护人提出的质疑不能作出合理解释，没有其他证据相印证，故对罗以军的证言不予采信。

2. 钟照欣的证言亦不能作为认定事实的根据。证言中关于专门为被告人褚时健转款购买公司、开设银行账户一节，经查证，在时间上、用途上均存在矛盾；关于提供给被告人褚时健账号一节，有多种说法，前后不一致，没有其他证据相印证，故对钟照欣的证言不予采信。

3. 公诉机关出示的合同书、付款凭证等证据仅能证明购买烟丝膨胀设备的款没有从转出的 1 156 万美元中支付，不能直接证明被告人褚时健非法占有的故意。由于罗以军、钟照欣的证言不予采信，指控证据不能相互印证，形成锁链。

依照刑事诉讼法的规定，刑事诉讼中，控方负有提供证据证实犯罪的责任，证据不充分，指控不能成立。该指控中，证据反映出被告人褚时健转款行为的主观故意，同时存在非法占有、购买设备或其他目的的可能性，不具有充分的排它性，因此，指控被告人褚时健贪污 1 156 万美元证据不充分，本院不予确认。

三、起诉书指控：1995 年 8 月至 1998 年 7 月，洛阳市公安局和云南省人民检察院在侦查本案过程中，先后在云南省昆明市、玉溪市和河南省偃师市等地，扣押、冻结了褚时健的货币、黄金制品、房屋及其他贵重物品等财产，共折合人民币 521 万元，港币 62 万元。对此，褚时健能说明其合法收入来源经查证属实的为人民币 118 万元。其余财产计人民币 403 万元，港币 62 万元，褚时健不能说明其合法来源。经查证，也无法来源的根据。

对指控的这一事实，公诉机关当庭出示和宣读了扣押的存款单 18 份，黄金制品 82 件，“劳力士”金表 2 块，港币 23 万元，人民币 9 200 元，商品房 4 套的照片、购房协议、付款凭证及房产价值鉴定书，证人马静芳、马静衡、马静芬、李湘云、喻斌等人的证言，以及被告人褚时健合法收入的相关证明等。

公诉机关认为，被告人褚时健对其巨额财产明显超过合法收入的部分，不能说明其合法来源，经查证也无合法来源的根据，其行为已构成巨额财产来源不明罪。

被告人褚时健对指控证据无异议，但提出上述财产中有一部分是外商赠与的。

辩护人提出对被告人褚时健夫妇的共同财产中其妻子的合法财产应予扣除。

公诉机关针对被告人褚时健及辩护人的异议，进一步说明，被告人褚时健对辩解的外商赠与，未能准确地陈述事实，也未能提供外商姓名、住址等查证线索，不能查证属实，辩解不能成立。对被告人褚时健夫妇的共同财产中其妻子的合法财产，起诉书认定时已作扣除。

本院认为，依照法律规定，被告人褚时健对其财产明显超过合法收入的部分，负有说明的责任。被告人褚时健的说明和辩解没有可供查证的事实予以证明，其辩解不能成立。公诉机关的指控事实清楚，证据充分，罪名成立，本院予以确认。

此外，公诉机关还认定，被告人褚时健有自首和重大立功表现，被告人罗以军有立功和重大立功表现，并当庭出示了相关证据。

被告人褚时健、罗以军、乔发科及其辩护人对上述认定均无异议。

被告人褚时健的辩护人提出，褚时健对玉溪卷烟厂的发展和全省的经济发展作出过重大贡献，量刑时应充分考虑被告人褚时健的功劳，从宽处理。

被告人乔发科的辩护人提出，乔发科具有自首情节，过去曾对玉溪卷烟厂的发展作出较大贡献，应考虑从宽。

公诉机关针对辩护人提出的观点认为，被告人褚时健及乔发科确实对玉溪卷烟厂作出了重要贡献，但功不能抵刑，在法律适用上人人平等。被告人乔发科是在侦查机关已经掌握犯罪事实并向其讯问的情况下供述犯罪，不能以自首论。

四、本院审查认为：被告人褚时健因涉嫌其他犯罪被采取强制措施期间，在司法机关尚未完全掌握被告人褚时健、罗以军、乔发科共同贪污 3 551 061 美元的事实前，交代了这一犯罪事实，应按自首论；在侦查期间，检举他人重大犯罪线索，经查证属实，有重大立功表现。被告人罗以军在侦查期间检举他人侵占公共财产线索，但检举的事实未按刑事追究，立功不能成立；关于重大立功表现，指被告人罗以军检举被告人褚时健贪污 1 156 万美元的重大犯罪事实，因对被告人褚时健的这一指控本院不予确认，故被告人罗以军重大立功表现亦不能成立，但该行为使检察机关及时追回流失在境外的巨额国有资产，可在量刑时作为酌定从轻情节。被告人乔发科在同案人已经向检察机关供述了共同犯罪事实后，侦查人员向其询问时作如实供述，不属主动投案，自首不能成立，可作为认罪态度较好的情节，酌定从轻。

关于辩护人提出的被告人褚时健及乔发科曾对玉溪卷烟厂作出了重大贡献，

应从轻处罚的辩护意见，本院认为，被告人褚时健及乔发科在担任玉溪卷烟厂领导期间，为“玉烟”发展作出了贡献，对此，党和政府给予了政治上、物质上的荣誉和待遇，但无论功劳多大，都不因此而享有超越法律的特权。在法律面前人人平等，任何公民犯罪都应依法受到刑事追究。我国《刑法》第六十一条规定，对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。被告人褚时健及乔发科利用职务之便侵吞公款，数额特别巨大，依照有关司法解释，属情节特别严重，这是被告人承担刑事责任的基础，确定刑罚必须与所犯的罪刑相适应。至于被告人的历史表现反映出的主观方面的情节，可在量刑时酌情考虑。

综上所述，本院认为，被告人褚时健、罗以军、乔发科利用职务之便，私分公款 3 551 061 美元，折合人民币 2 870 万元，其行为均已构成贪污罪，且数额特别巨大，情节特别严重。被告人褚时健在共同犯罪中起决定、组织的作用，系主犯，应对组织、参与的全部犯罪负责，论罪应依法判处死刑。但鉴于其有自首和重大立功表现，以及赃款全部追回，经济损失已被挽回和其他情节，依法应当减轻处罚。被告人褚时健同时犯有巨额财产来源不明罪，依法应当数罪并罚。被告人罗以军积极参与犯罪，具体实施转款行为，作用明显，但鉴于其系从犯，案发后如实供述犯罪事实，并揭举他人的违法事实，认罪态度较好等情节，依法可以减轻处罚。被告人乔发科受邀约参与犯罪，系从犯，在共同犯罪活动中情节较轻，案发后如实供述犯罪事实，认罪态度较好，依法可以减轻处罚。据此，本院为保护公共财产不受侵犯，维护社会主义经济秩序，严惩严重经济犯罪，根据本案各被告人犯罪的事实，犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第 12 条、第 382 条第 1 款、第 383 条第 1 款第 1 项、第 26 条第 1 款、第 4 款、第 27 条、第 57 条第 1 款、第 67 条、第 68 条、第 69 条和全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 11 条第 1 款之规定，判决如下：

一、被告人褚时健犯贪污罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产人民币 20 万元；犯巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑 5 年；数罪并罚，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收财产人民币 20 万元。

二、被告人褚时健巨额财产中明显超过合法收入的差额部分，价值人民币 403 万元，港币 62 万元的财产依法没收。

三、被告人罗以军犯贪污罪，判处有期徒刑 14 年，并处没收财产人民币 13 万元。

四、被告人乔发科犯贪污罪，判处有期徒刑 5 年，并处没收财产人民币 5

万元。

如不服本判决，可在接到判决书的第 2 日起 10 日内，通过本院或者直接向中华人民共和国最高人民法院提出上诉。

审判长：郑蜀饶
审判员：田波
审判员：吕新华
审判员：张迎宪
代理审判员：黄为华
人民陪审员：倪慧芳
人民陪审员：杨润新
1999 年 1 月 9 日
书记员：庆文、顾蕊

[General Information]
书名=中国疑难刑事名案法理研究　第三卷
作者=赵秉志主编
页数=426
SS号=11960626
出版日期=2008.01
出版社=北京市：北京大学出版社
DX号=000007012563
URL=http://book.szdnet.org.cn/bookDetail.jsp?dxNumber=000007012563&d=DE404B4DC2C3C86D07EB55D1594D5635